Einwirkungen Dritter auf das gesellschaftliche Leben einer Handelsgesellschaft mit besonderer Berücksichtigung des Betriebsüberlassungsvertrages

Zugleich ein Beitrag zu der Frage, wieweit Mitglieder für den Bestand einer juristischen Person wesentlich sind.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Helmut Starke

aus Wilhelmshaven.

Berichterstatter: Professor Dr. Ruth.

Risse-Verlag, Dresden-A. 1, Schießgasse 1

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre im Risse-Verlag, Dresden-A. 1, Schießgasse 1, erschienen.

Gliederung.

§ 1. **Einleitung** 2

A. Das Unternehmen und sein Organisationswert 5
B. Formen des Betriebsüberlassungsvertrages 7
C. Unternehmenspfandrecht und andere Sicherungsmittel . . 10

§ 2. **Beschränkungen des Vorstandes** 12

A. Die Abhängigkeit des Vorstandes von dritten Personen . . 13
B. Der Betriebsführer als Inhaber der tatsächlichen Vorstandsgewalt 15

§ 3. **Andere Beschränkungen des gesellschaftlichen Lebens** . . . 19

A. Aufsichtsrat 19
B. Mitglieder der Generalversammlung 20
C. Bindungen der Gesellschaft durch Verträge 21
D. Das sachliche Substrat der Gesellschaft 22

§ 4. **Der Wegfall des persönlichen Substrats** 23

A. Amortisation und Erwerb 23
B. Verschiedene Behandlung der Aktiengesellschaft u. der GmbH. 24
C. Einzelne Fälle 25
D. Die Zulässigkeit einer „Stiftungs"-GmbH. 26
E. Das Stimmrecht des eigenen GmbH.-Anteils 28
F. Stiftungszweck aber keine Stiftungsform 33
G. Die Abkehr von der Mitgliederherrschaft als Strukturverwandlung der Kapitalkörperschaften 34

§ 5. **Die Stellung der einzelnen Theorien über die juristische Person zu unserem Problem** 36

A. Die Fiktionstheorie 36
B. Die Theorie der Personenrolle 36
C. Die Zweckvermögenstheorie 36
D. Rhodes Theorie 37
E. Theorie der Destinatäre 38
F. Die Amtstheorie 38
G. Die Theorie der Verbandspersönlichkeit 39
H. Die Zweckpersonifikationstheorie 41
I. Ergebnis 42

§ 6. **Der Gesellschafterbeschluß** 42

A. Leistung und Gegenleistung 43
B. Änderung des Gesellschaftszwecks 43
C. Änderung des Gegenstandes des Unternehmens 45
D. Der Gesichtspunkt des Sonderrechts 46
1. Das Wesen der Sonderrechte 46
2. Das Recht auf Beteiligung am Gewinn 47
3. Der Gesellschaftsvertrag 47
E. Stimmenthaltungsvorschriften 48
F. Vertretungsmacht und Haftung des Vorstandes 49

§ 7. **Der Ausführungsvertrag** 49

A. Der obligatorische Vertrag 49
B. Der dingliche Akt 50
C. Insbesondere: Die unübertragbaren Rechte 51
1. Die Miete 51
2. Die Lieferungsverträge 51
3. Arbeitsverträge 52

§ 8. **Die Kaufmannseigenschaft der Parteien** 53

A. Die OHG. als Rentnergesellschaft 53
B. Die Firma 55

§ 1. Einleitung.

Ein Betriebsüberlassungsvertrag bringt eine Wandlung im Leben der Gesellschaft mit sich, die ihrem ursprünglichen Zweck, eine Form für den Selbstbetrieb eines Unternehmens abzugeben, zu widersprechen scheint. Ein solcher Vertrag berührt das Problem, wieweit eine Gesellschaft den Interessen außenstehender Dritter nutzbar gemacht werden kann.

Da die Gesellschaft zur Verfolgung der Interessen ihrer Mitglieder geschaffen ist, erscheint es damit wenig vereinbar, diese hinter die Interessen Dritter zurücktreten zu lassen.

Oft wählt man für einen Betriebsüberlassungsvertrag die Rechtsform der Pacht. Weniger häufig ist die Bestellung eines Nießbrauchs. Beide Rechtsformen haben jedoch den Nachteil, daß sie auf ganz andere Verhältnisse zugeschnitten sind. Auch berücksichtigt das BGB. in den §§ 582 ff. und 1030 ff. die einzelnen Sachen als solche, während gerade die Organisation des Unternehmens bei der Übertragung des Betriebs auf einen Dritten das wesentliche ist. Im folgenden sollen deshalb einige Konstruktionsversuche betrachtet werden, die das Unternehmen im Rechtsverkehr als Einheit behandeln wollen.

A. Das Unternehmen und sein Organisationswert.

Im Laufe der Entwicklung ist das persönliche Element des Unternehmens stark zurückgedrängt worden. Früher faßte man das Unternehmen als Summe von Tätigkeiten des Inhabers auf[1]). Bei modernen Großunternehmungen, die eine ausgedehnte Organisation und große Werksanlagen haben, tritt der Unternehmer immer mehr hinter das Unternehmen zurück, das persönliche Substrat weicht immer mehr dem sachlichen Substrat[2]).

Eine vollständige Beherrschung eines Unternehmens durch einen außerhalb des Unternehmens Stehenden könnte man sich durch Schaffung eines dinglichen Rechts am Unternehmen denken. Ansätze dazu finden sich beim Pfandrecht einiger ausländischer Staaten: z. B. kennt Frankreich ein Registerpfand[3]), und Österreich hat eine Zwangsverwaltung und Zwangsverpachtung eines Unternehmens eingeführt[4]). Man versucht, das Unter-

[1]) Wolff, Die Unübertragbarkeit immaterieller Wirtschaftsgüter. Diss. 1924, S. 53. So auch noch heute im wesentlichen die Nationalökonomie. Vgl. Passow, Betrieb, Unternehmen, Konzern, Jena 1925. Liefmann, Die Unternehmungsformen. 6. Aufl., Stuttgart 1930.

[2]) Oppikofer (S. 10) spricht von dem unpersönlichen Element des Unternehmens.

[3]) Ein Geschäft (fond de commerce) kann mit einem Pfandrecht belastet werden, Ges. v. 1. März 1898. Vgl. Isay, S. 6.

[4]) Österreichische Exekutionsordnung § 341 ff.

nehmen als wirtschaftliche Einheit zu erfassen und den Organisationswert für die Gläubiger nutzbar zu machen.

Pisko[5]) vertritt auch für das deutsche Recht die Behandlung des gesamten Unternehmens als Rechtsobjekt. Da das BGB. nur die Verfügungen über Sachen und Rechte normiert, und da ferner das Unternehmen als Organisation weder eine Sache noch ein Recht ist, will Pisko die Vorschriften des BGB. nur analog anwenden und ein Verfügungsgeschäft über das Unternehmen als Einheit zulassen. Seine Lehre hat sich jedoch nicht durchzusetzen vermocht[6]).

Oppikofer[7]) betont die Verbundenheit der Organisation mit den einzelnen Gütern des Unternehmens; die geistige Organisation, die der Unternehmer schafft, kann nicht isoliert auf ihre Übertragbarkeit hin unterstützt werden. Durch diese Verbundenheit der Organisation und der Güter erleichtert Oppikofer die rechtliche Erfassung der Organisation. Ein Übergang des Unternehmens ist wegen dieser Verbundenheit nur so möglich, daß die Organisation zusammen mit den Bestandteilen des Unternehmens übergeht.

Gegen diese Konstruktion macht Ruth[8]) geltend, daß sie solchen Unternehmen nicht gerecht werde, in denen die Persönlichkeit des Unternehmers eine überragende Rolle spielt.

Rin Pfandrecht am Unternehmen soll nach Oppikofer nur ein unternehmensrechtlicher Rahmensbegriff sein, der ein bürgerlich-rechtliches Pfandrecht an Einzelsachen, die Zubehör des Unternehmens sind, nicht hindert.

Sowohl Pisko als auch Oppikofer[9]) fodern de lege ferenda eine Erhaltung des Unternehmenswertes durch Eintragung in öffentliche Register, die den Übergang und die Verpfändung des Unternehmens im ganzen ermöglichen sollen. Man will dadurch den Organisationswert erhalten. Jedoch hat man mit dem Zwangspfandrecht in Österreich schlechte Erfahrungen gemacht, weil der Schuldner die Verwertung des Betriebs hintertreibt. Und würde ein Register, das die freiwilligen Verpfändungen des Unternehmens öffentlich klarlegt, nicht die Bedeutung einer schwarzen Liste gewinnen können?

Außerdem ist der Mehrwert, den die Organisation darstellt, noch nicht endgültig für den Gläubiger gesichert. Beim Registerpfandrecht ist es immer noch möglich, daß ein von dem Unternehmenspfandgläubiger verschiedener Gläubiger wichtige Unternehmensbestandteile (z. B. das Warenlager) pfändet und so das Unternehmen lahmlegt und den Wert der Organisation illusorisch macht. Man müßte also dem Pfandgläubiger am Unternehmen ein Widerspruchsrecht gegen jede nach Eintragung des Pfandrechts erfolgende Einzelzwangsvollstreckung geben. Dies tut auch die österreichische Praxis[10]). Dem dürfte aber wieder das Bedenken entgegenstehen, daß dadurch die par conditio creditorium nicht aufrechterhalten wird, die doch

---

[5]) In Ehrenb. Hdb., S. 197.

[6]) Es gibt nur einen Tatbestand im BGB., der eine Universalsukzession in das Vermögen ohne Rücksicht auf dessen besondere rechtliche Natur bestimmt: die Erbfolge.

[7]) S. 140. Dazu Ruth in Arch. Ziv. Prax. N. F. 9, S. 106 ff. und H. Meyer i. d. Germ. Abtlg. d. Savigny Ztschr. 1928, S. 540.

[8]) Arch. Ziv. Prax. N. F. 9, S. 108.

[9]) S. 147.

[10]) Ohmeyer S. 53 mit Entscheidungen. Für das deutsche Recht dürfte ein Widerspruchsrecht nur de lege ferenda möglich sein, da schon eine Zwangsvollstreckung ins Unternehmen unmöglich ist.

ein Hauptgrundsatz des Konkursverfahrens ist, das ja in seiner praktischen Wirkung der Zwangsvollstreckung in das Unternehmen verwandt ist[11]); dies gilt insbesondere für die Aktiengesellschaft und G. m. b. H., deren Unternehmen ja das ganze Vermögen umfaßt.

Das Reichsgericht erkennt ein absolutes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an[12]), dessen Verletzung auch einen Unterlassunganspruch analog §§ 12, 862, 1004 und einen Schadensersatzanspruch nach § 823,1 auslösen kann. Aber das Reichsgericht macht bei dem Schutze des Gewerbebetriebes nach § 823,1 eine Beschränkung: nur der unmittelbare Eingriff soll rechtswidrig sein, der bloß mittelbare dagegen nicht[13]). Nur dann ist das Recht des Inhabers des Betriebes verletzt, wenn „der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes durch tatsächliche oder rechtliche Verbindung der Betriebshandlungen richtet"[14]). Rechtswidrig ist nach Meinung des RG. nicht schon „eine nachteilige Einwirkung auf den Ertrag des Geschäfts"[15]), z. B. durch Entziehung von Kundschaft. Aber die Bestellung dinglicher Rechte an diesem Rechte oder am gesamten Unternehmen ist nach der Meinung des Reichsgerichts nicht möglich[16]). Ein Unternehmen als solches kann nicht Gegenstand eines dinglichen Rechts sein, denn es ist weder eine Sache noch ein Recht[17]). Man muß sich also bei der Überlassung eines Betriebes an einen Dritten und bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit an einzelnen Stücken eines Betriebes mit Rechtsformen behelfen, die nicht speziell für das Unternehmen geschaffen sind. Der Organisationswert eines Unternehmens kann nach geltendem Recht nicht zu Pfandzwecken nutzbar gemacht werden.

B. Formen des Betriebsüberlassungsvertrages.

Meist wird die Pacht als Form des Betriebsüberlassungsvertrages gewählt[18]). Weniger häufig[19]) ist — insbesondere bei Kartellvermögen — die Bestellung eines Nießbrauchs. Der Nießbrauch hat insofern vor der Pacht einen Vorteil, als er dinglich wirkt. Er schützt vor späteren Verfügungen auch dann, wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen[20]). Beim

---

[11]) Die Konk.O. kennt die Verwertung eines ganzen Geschäfts durch den Konkursverwalter (§ 134 KO.).

[12]) Übersicht über die Rechtsprechung bei Nipperdey, Die Frage des Schutzes des Unternehmers in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Bd. 62, S. 450, Anm. 13.

[13]) Vgl. bes. RG. 58, 30; 73, 112; 102, 225, 126, S. 96.

[14]) RG. 126, S. 96. Dagegen Nipperdey, S. 451, der insbesondere rügt, daß das Schutzobjekt des Rechtes in der Rechtsprechung des RG. nicht klar abbegrenzt ist.

[15]) Vgl. Staudinger, § 23, II A, 2e

[16]) RG. 95/237; vgl. auch RG. 70/232; Isay S. 7, S, 81. Abw. A. Pisko, S. 235.

[17]) RG. 68/54; Staudinger Anm. 6 zu § 1085. Das Gesetz kennt nur einen Sonderfall: Verpfändung einer Bahneinheit nach Landesrecht, vgl. Art. 112 Einf.-Ges. z. BGB., § 16 Pr. G. über die Bahneinheit; dieses schließt die Einzelzwangsvollstreckung in weitem Umfange aus.

[18]) Pacht und Nießbrauch am Betrieb einer Handelsgesellschaft erwähnt das Ges. in § 22 Abs. 2 HGB.

[19]) Friedländer, S. 183; vgl. Nußbaum, S. 36.

[20]) § 771 ZPO.

Nießbrauch ist es auch im Gegensatz zum Pfandrecht möglich, daß der Nießbraucher die Sache dem Nießbrauchsbesteller zurückgibt, ohne daß der Nießbrauch erlischt; denn eine dem § 1253 BGB. entsprechende Vorschrift findet sich beim Nießbrauch nicht. Ferner kann der Nießbrauch durch Besitzkonstitut nach §§ 1032, 930 BGB. bestellt werden, also trotz fehlender Übergabe ein dingliches Nutzungsrecht verschaffen. Auch kommt dem Nießbraucher der Gutglaubensschutz des § 1032 zugute, wenn die Sachen dem Besteller nicht gehören. Den Nachteil der mangelnden Dinglichkeit der Pacht versucht man dadurch zu ersetzen, daß der Pächter meist das Warenlager zu Eigentum übernimmt oder daß ihm an dem Lager eine Art Dispositionsnießbrauch[21]) eingeräumt wird. Dadurch wird aber das sachliche Unternehmungssubstrat zerschlagen, welches beim Nießbrauch am gesamten Unternehmen einer einheitlichen rechtlichen Behandlung unterworfen werden kann.

Es empfiehlt sich beim Pachtvertrag, an dem Warenlager und den anderen verbrauchbaren Sachen stets einen Dispositionsnießbrauch zu bestellen, d. h. dem Betriebsführer nicht das Eigentum zu übertragen, wie es die dispositive Vorschrift des § 1067 für den Nießbrauch bestimmt, sondern nur einen Nießbrauch, der das Recht der Verfügung in sich schließt.

Die Zulässigkeit dieser Rechtsform ist nicht unbestritten. Gegen die herrschende Lehre, welche den Dispositionsnießbrauch zuläßt[22]), meint Nußbaum[23]), die dingliche Loslösung der Verfügungsbefugnis vom Eigentum verbiete sich schon nach § 137 BGB. Aus § 137 kann man aber zunächst nicht folgern, daß der Nießbraucher überhaupt kein Verfügungsrecht haben dürfe; § 137 verlangt nur, daß dem Eigentümer neben dem Nießbraucher noch ein Verfügungsrecht zustehen müsse. Aber der Eigentümer kann, wenn der Nießbrauch bestellt ist, nur in der Weise — auch gutgläubigen Dritten gegenüber[24]) verfügen, daß die Rechte des Nießbrauchers unberührt bleiben. Kraft Gesetzes besteht ein Verfügungsrecht des Nießbrauchers im Falle des § 1048 (Veräußerung von Inventar). Dies stellt sich rechtlich als Modalität des Nießbrauchs dar. Analog wird man diese Modalität auch für den gewöhnlichen Nießbrauch zulassen müssen; der Grundgedanke ist derselbe. Eine analoge Vorschrift für den Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen fehlt nur deshalb[25]), weil der Parteiwille entscheiden solle.

Im RGR. Kommentar[26]) wird die Ansicht vertreten, daß eine nach § 168, S. 2, unwiderrufliche Vertretungsmacht vorliege. Wenn der Nießbraucher im eigenen Namen handelt, wird man wohl eher eine nach § 183 Abs. 1 unwiderrufliche Einwilligung zur Verfügung i. Sinne von § 185 annehmen dürfen.

Die Vereinbarung eines Dispositionsnießbrauchs am Warenlager hat auch hinsichtlich der Zwangsvollstreckung einen Vorteil für die Beteiligten; wenn der Pächter zum Eigentümer der verbrauchbaren Sachen gemacht wird, dann halten sich seine Gläubiger bei einer Zwangsvollstreckung an diese Sachen, und die Rentnergesellschaft, die ihren Betrieb wieder übernehmen will, kann den Betrieb nur unter großen Opfern an

[21]) Vgl. Friedländer, S. 183.
[22]) Vgl. Kohler Arch. Ziv Pr. 107, 258 f. Wolff, SR. § 117, IV.
[23]) S. 6.
[24]) Vgl. § 936, 3 BGB.
[25]) Motive II, S. 426; III, S. 512.
[26]) RGRKomm. Anm. 2 vor § 1030.

Kapital fortführen, da die Produktionsmittel fehlen. Hat der Betriebsführer dagegen nur Dispositionsnießbrauch, so haben die Gläubiger nach § 857, 37 PO. nur die Möglichkeit, die Ausübung des Nießbrauchs zu pfänden. Wenn weiter vereinbart ist, daß im Falle des Konkurses des Betriebsführers oder beim Eintritt der Liquidation der Betriebsführergesellschaft der Nießbrauch mit dinglicher Wirkung erlöschen soll[27]), so werden die Gläubiger des Betriebsführers im eigenen Interesse das Unternehmen nicht zerschlagen, wenn es wirtschaftlich gesund ist und nur zeitweilig in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist.

Um den Zustand, daß der Betriebsführer an den verbrauchbaren Sachen des Betriebes nur einen Dispositionsnießbrauch erlangt und nicht deren Eigentümer wird, während der ganzen Dauer des Betriebsüberlassungsvertrages aufrechterhalten zu können, ist es nötig, auch an den Sachen, die der Betriebsführer selbst erwirbt, der Rentnergesellschaft das Eigentum und dem Betriebsführer nur den Dispositionsnießbrauch zu verschaffen. Man muß sich dabei aber klarmachen, daß der Nießbraucher, der verbrauchbare Sachen anschafft, dem Eigentümer nicht als dessen Stellvertreter das Eigentum verschaffen kann (das ist nach der herrschenden Lehre unzulässig)[28]), sondern nur als Besitzmittler kraft des obligatorischen dem Nießbrauch zugrundeliegenden Geschäfts; das Besitzmittlungsverhältnis ergibt sich nicht etwa aus dem Nießbrauch selbst, denn dieser besteht an den neu angeschafften Sachen noch gar nicht. Der Nießbrauch entsteht erst durch die Einigung nach §§ 1032, 929 Abs. 2, die auch vorweggenommen werden kann. So kann für den Nießbrauch am Inbegriff das Prinzip der dinglichen Surrogation eingeführt werden, das ja an sich nicht besteht.

Die Pachtnormen des BGB. sind auf landwirtschaftliche Grundstücke zugeschnitten. Der Nießbrauch paßt seiner Gesamtregelung nach besser für die Überlassung eines Betriebs an einen Dritten; deshalb zieht man auch bei der Pacht die Bestimmungen über den Nießbrauch analog heran.

Die Pacht hat vor dem Nießbrauch weiter den Nachteil, daß ein Pachtvertrag längstens auf 30 Jahre geschlossen werden kann, und daß nach Ablauf dieser Frist beide Teile ein Kündigungsrecht haben[29]). Man könnte vielleicht auf den Gedanken kommen, den Pachtvertrag für die

---

[27]) Dies ist zulässig: Bei beweglichen Sachen genügt nach § 1064 BGB. zur Aufhebung des Nießbrauchs die Aufgabeerklärung des Nießbrauchers, die auch bedingt sein kann. Bei Grundstücken hilft eine Vermerkung nach § 883 BGB., deren Eintragung nach Abs. 1 S. 2 auch zur Sicherung eines bedingten obligatorischen Anspruchs zulässig ist. Der Nießbraucher kann aber auch eine für ihn nach § 875, 2 BGB. bindende Aufgabeerklärung bedingt abgeben. Zulässig ist die Beifügung einer Bedingung, weil die Aufgabeerklärung ein Rechtsgeschäft ist, auf das die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Vgl. Staudinger § 875 I 1a.

[28]) Das ist deshalb unzulässig, weil zur Übereignung auch die Besitzübergabe gehört, die ein Stellvertreter nicht wirksam vornehmen kann, weil sie kein Rechtsgeschäft ist. Vgl. Staudinger, 2c zu § 854, ferner Planck 3a zu § 854 mit Lit.-Angaben.

[29]) §§ 567, 581 BGB. — Bauer (S. 232) verneint die Anwendbarkeit des § 567 für fusionsähnliche Verträge deshalb, weil der Gesetzgeber die Unternehmenspacht nicht im Auge hatte. Die herrschende Lehre wendet § 567 jedoch an, vgl. Fuld, Mietrecht, 528; Mittelstein, Die Miete, S. 448, RGR. Komm. Anm. 3 zu § 567.

Dauer des Bestehens der juristischen Person abzuschließen und so das Kündigungsrecht zu umgehen. Nach § 567 Abs. 2 greift nämlich das Kündigungsrecht nicht Platz, wenn der Vertrag für die Lebenszeit einer Person abgeschlossen ist. Jedoch ist dies unzulässig, da der Zweck des Abs. 1 durch Abschluß des Vertrages auf die Lebenszeit einer juristischen Person vereitelt würde. Abs. 2 gilt nur für natürliche Personen[30]).

Wenn trotzdem die Pacht dem Nießbrauch regelmäßig vorgezogen wird, so liegt das daran, daß sie sich den jeweiligen Verhältnissen besser anpassen läßt als ein starres dingliches Recht, hauptsächlich aber daran, daß der Nießbrauch im Vergleich zur Pacht erheblichen Gebühren unterliegt[31]).

Falls die Übernahme eines Unternehmens konzernmäßiger Verflechtung dient, so kommt für die Wahl der Pacht noch ein anderer Grund hinzu: wenn durch Vereinbarung mehrerer im übrigen selbständig bleibender Werke (Kartell) eine Produktionsbeschränkung bestimmt wird, so erhält jedes Werk eine bestimmte Produktionsquote. Dann wird ein Werk oft nur gepachtet, um es stillzulegen und seine Produktionsquote in einem anderen Werke zu verwenden. In einem solchen Falle liegt aber dem Pächter an einem dinglichen Nutzungsrecht nichts.

Ein Vergleich zwischen Pacht, Nießbrauch und Fusion hinsichtlich ihrer Verwertbarkeit für Betriebszusammenschlüsse zeigt folgendes Bild: pachtweiser Zusammenschluß von Unternehmungen befreit von der inneren Umsatzsteuer[32]), schafft aber kein dingliches Recht; der Nießbrauch befreit auch von dieser Steuer[33]), gewährt aber im Gegensatz zur Pacht ein dingliches Recht; die Fusion hat zwar auch diese Vorteile, aber sie unterliegt einer ganz erheblichen Besteuerung[34]); außerdem gewährt sie nicht die Möglichkeit einer späteren Trennung der Unternehmungen.

C. Unternehmenspfandrecht und andere Sicherungsmittel.

Als Sicherungsmittel kommt nur ein Recht in Frage, welches dem Gläubiger eine im Konkurs des Schuldners geschützte Rechtsstellung gewährt. Die Sicherung eines Gläubigers ist zunächst so möglich, daß einzelne Unternehmensstücke zur Sicherung übereignet werden oder daß an einzelnen Sachen ein Pfandrecht bestellt wird. Die Sicherungsüber-

---

[30]) Herrschende Lehre, vgl. Staudinger, Anm. 2, zu § 565 mit Literaturangaben.

[31]) § 311 BGB.: Beurkundung, Eintragung ins Grundbuch.

[32]) Das ist die Umsatzsteuer zwischen der Betriebsführergesellschaft und der gepachteten. Vgl. RFinH. 15, 119: Eine Hütte pachtet eine Zeche, vgl. Hoeniger S. 26.

[33]) Zu S. 10. Der Nießbrauch befreit unter den gleichen Voraussetzungen wie die Pacht von der inneren Umsatzsteuer, d. h. dann, wenn infolge der Verflechtung die Gesellschaft, an deren Betrieb ein Nießbrauch bestellt ist, Organ der Betriebsführergeseellschaft ist. Vgl. Friedländer S. 366, 2a.

[34]) Fusionssteuer nach §§ 6, 12, 13 Kap. Verkehrsst.-Ges.; Liquidationssteuer nach § 18 Körperschaftsst.-Ges., Grunderwerbssteuer in Höhe von 6—8 Prozent der Immobilien nach §§ 1, 5, 7 Grunderwerbsst.-Ges., Kapitalverkehrssteuer für die Schaffung der für eine Fusion benötigten neuen Aktien: § 12 Kap. Verkehrsst.-Ges., vgl. Friedländer, S. 403.

eignung hat den Mangel der Publizität; deshalb erklärt sie das Reichsgericht nach § 138 BGB. für nichtig, wenn die veränderten Eigentumsverhältnisse überhaupt nicht erkennbar sind, auch ohne daß gerade ein Knebelungsvertrag vorzuliegen braucht: z. B. bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers[35]). Beim Pfandrecht an einzelnen Bestandteilen des Unternehmens und bei deren Sicherungsübereignung droht ferner die Gefahr der unwirtschaftlichen Verschleuderung. Dagegen erfaßt der Sicherungsnießbrauch am gesamten Unternehmen den Gebrauchswert der Sache im Rahmen des Betriebs.

Gegenüber dem so oft geforderten Registerpfandrecht am Unternehmen hat der Nießbrauch als Sicherungsmittel sogar noch einen Vorteil aufzuweisen. Da der Nießbraucher nur die Nutzung erhält, bekommt ein Unternehmen nur dann Kredit durch Nießbrauchsbestellung, wenn Nutzungen zu erwarten sind, d. h. wenn das Unetrnehmen wirtschaftlich gesund ist. Das Registerpfandrecht birgt die Gefahr in sich, daß ein Unternehmen im Hinblick auf die Sicherung durch den Liquidationswert Kredit erhält, trotzdem es nicht lebensfähig ist. Die Interessen des Nießbrauchers laufen denen des Unternehmers parallel. Der Nießbrauch als Kreditmittel versagt automatisch bei lebensunfähigen Unternehmungen, nicht dagegen das Registerpfandrecht.

Außerdem ist das Pfandrecht stets akzessorisch; der Nießbrauch dagegen ist von dem Grundgeschäft unabhängig; er ist nur dann akzessorisch (sein Erlöschen kann z. B. nach Tilgung einer Forderung mit dinglicher Wirkung vereinbart werden), wenn es dem Willen der Parteien entspricht.

Einen Nachteil scheint allerdings der Sicherungsnießbrauch zu haben: er erlischt nach der zwingenden Vorschrift des § 1061 BGB. mit dem Tode des Berechtigten. Das beeinträchtigt den Charakter des Nießbrauchs als Sicherungsmittel, weil er auch dann erlöschen kann, wenn die Forderung, zu deren Sicherung er bestellt war, noch nicht getilgt ist.

Die Verfasser des BGB.[36]) begründen die §§ 1059 und 1061 damit, daß ein Bedürfnis für die Übertragbarkeit deshalb nicht bestehe, weil die Hauptfälle des Nießbrauchs familiären Charakter hätten. Das ist jedoch heute nicht mehr der Fall; das zeigt der Sicherungsnießbrauch. Beim Sicherungsnießbrauch fällt auch das weitere Bedenken der Motive[37]) weg, daß die Bestellung eines vererblichen Nießbrauchs in eine Eigentumsübertragung übergehen würde. Der Eigentümer braucht ja nur seine Schuld zu bezahlen, um sein Eigentum wieder belastungsfrei zurückzuerhalten. Der Versuch einer Konstruktion, den Nießbrauch entgegen § 1061 nicht mit dem Tode des Nießbrauchers erlöschen zu lassen, sondern den Nießbrauch dem Rechtsnachfolger zu erhalten, ist also nicht als unzulässige Gesetzesumgehung zu bewerten.

Ob auch die Erben des Gläubigers eine dingliche Sicherung erhalten können, ist fraglich. Eine schuldrechtliche Verpflichtung des Eigentümers, den Nießbrauch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers zu bestellen, ist möglich; eine dingliche Wirkung hält Wolff[38]) für unmöglich, weil die Einigung zwischen Eigentümer und Erben erst nach dem Tode des Gläubigers nachgeholt werden könne. Aber es läßt sich vielleicht so machen, daß man einen Vertreter für die Erben wählt, der die Einigung, die

[35]) RG. 77/210; vgl. auch 85/345.
[36]) Protokolle III, 409.
[37]) Motive III, 531.
[38]) Sachenrecht § 118 Anm. 12.

auch ein Vertrag ist[39]), für die Erben abschließt. Er handelt dann ohne Vertretungsmacht. Daß dies möglich ist, folgt aus § 177 BGB.; der Vertreter selbst haftet nach § 178 überhaupt nicht, da der Eigentümer den Mangel der Vertretungsmacht kannte; und schließlich wirkt die Genehmigung des Erben nach § 184 Abs. 1 zurück, so daß auch beim Eintritt eines Erbfalls stets eine dingliche Sicherung möglich ist.

Gegen diese Konstruktion könnte man deshalb Bedenken haben, weil hier ein Vertreter für unbestimmbare Personen handelt. Eigentlich setzt ja auch der Wortlaut des § 164 BGB. eine bestimmte Person als Vertretener voraus. Jedoch legt die herrschende Lehre den Begriff der Stellvertretung nicht als materiellen Begriff aus, sondern als juristisch-formalen, „der jedes Handeln im fremden Namen umfasse, gleichviel zu welchem Zwecke und in welchem Interesse es stattfinde“[40]). Daß der Vertretungsbegriff so erweitert werden darf, zeigen auch die Fälle der §§ 58, 787, 790, in denen für ein herrenloses Grundstück ein „Vertreter‘ bestellt werden kann, wo also auch eine bestimmte vertretene Person fehlt[41]). Stein[42]) macht diesen Vertreter selbst zur Partei (kraft Amtes). Die herrschende Lehre sieht jedoch den Zueignungsberechtigten als vertreten an[43]); Inhaber der Rechtsstellung wird der Vertretene aber erst mit dem Eigentumserwerb. Ein Handeln als Vertreter unbestimmter Personen ist also zulässig.

Diejenigen, die voraussichtlich Rechtsnachfolger des Nießbrauchers werden, können aber den Nießbrauch nur dann erwerben, wenn ihnen die Sache, an der der Nießbrauch entstehen soll, übergeben wird. Wenn diese Übergabe fehlt, muß man ein Besitzkonstitut vereinbaren[44]). Dieses Besitzkonstitut muß der Vertreter für den jeweiligen Rechtsnachfolger abschließen, da sonst der Nießbrauch nicht entstehen würde.

§ 2. Beschränkungen des Vorstands.

Bei der Überlassung des Betriebes seitens einer Handelsgesellschaft, die juristische Person ist[45]), an einen Dritten ist fraglich, ob der gesellschaftliche Organismus dadurch so beschränkt wird, daß die juristische Person erlischt oder doch ihr Wesen verändert. Die Gründe, aus denen eine Auflösung der Aktiengesellschaft und der GmbH. erfolgt, sind in § 292 HGB. und § 16 GmbH.Ges. nach der durchaus überwiegenden Meinung keineswegs erschöpfend aufgezählt. Die Rechtsgrundsätze des all-

[39]) Warneyer § 177, II.
[40]) Staudinger § 164, Vorbem. 5 b.
[41]) So auch Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900, S. 3 f.
[42]) ZPO § 58,II.
[43]) Seuffert-Walsmann ZPO. § 58, 3 mit Lit.-Angaben.
[44]) Vgl. §§ 1032, 930 BGB.
[45]) Der Betrieb einer eingetragenen Genossenschaft kann einem Dritten nicht überlassen werden, da § 1 Gen.Ges. einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb erfordert. — Vgl. Parisius-Crüger Anm. 18 zu § 1 Gen.Ges.

gemeinen Vereinsrechts, insbesondere des BGB. müssen zur Prüfung dieser Frage herangezogen werden, da sie auch für die Handelsgesellschaften gelten[46]), soweit nicht Sonderrechtsnormen des Handelsrechts entgegenstehen[47]).

In gewisser Beziehung ähnelt eine Gesellschaft, deren Betrieb verpachtet ist, der Einmanngesellschaft; bei beiden hat eine Person — dort der einzige Aktionär, hier der Übernehmer des Betriebs — eine ungewöhnliche Machtfülle. Viele Argumente, die gegen die Einmanngesellschaft angeführt werden, treffen beim Betriebsüberlassungsvertrage aber nicht zu: es liegt keine beschränkte Haftung eines Einzelkaufmanns vor, weil der Betriebsführer ja seine eigenen Schulden selber trägt, und das Vermögen des Nießbrauchers ist mit dem der Gesellschaft auch wirtschaftlich nicht identisch. Einen brauchbaren Vergleichsmaßstab gibt daher die Einmanngesellschaft nicht ab; denn der Betriebsführer hat als solcher stets nur Fremdrechte, meist Gläubigerrechte, nicht dagegen Mitgliedschaftsrechte.

A. Die Abhängigkeit des Vorstands von Dritten.

Es fragt sich, ob der Betriebsführer außer seinem Fremdrecht nicht noch weitere Rechte in bezug auf die Rentnergesellschaft erhalten kann.

Der Gesellschaftsvertrag kann sowohl bei der GmbH. als auch bei der Aktiengesellschaft dritten Personen das Recht zur Bestellung des Vorstandes einräumen[48]). Das Recht, die Bestellung zu widerrufen, kann jedoch der Generalversammlung nicht genommen werden; dies folgert man aus § 231 Abs. 3 („Die Bestellung ist jederzeit widerruflich"), denn sonst wäre ja der Vorstand vollständig von Dritten abhängig[49]). Bei der GmbH. kann das Widerrufsrecht durch das Statut auf den Fall beschränkt werden, daß wichtige Gründe vorliegen[50]). Ist der Vorstand durch einen Dritten bestellt, so wird man auch bei der Aktiengesellschaft das Vorliegen eines triftigen Grundes für den Widerruf fordern müssen; denn sonst würde das Recht des Dritten vereitelt[51]). Das Recht der Bestellung des Vorstandes der Rentnergesellschaft kann einem Dritten auch zusammen mit dem Recht zustehen, den Vorstand der Betriebsführergesellschaft zu bestimmen.

Der Vorstand kann jedoch nie — auch bei Bestellung durch einen Dritten — von dessen Weisungen abhängig bleiben[52]). Denn er ist ausführendes Organ der Gesellschaft und muß als solches deren Weisungen folgen. Der Wille des Dritten hat hinter dem der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats, dem ein großes Einflußrecht auf die Handlungs-

---

[46]) RG. 57/94; 78/354. — Oertmann, 3. Aufl. S. 87.

[47]) Art. 2 Einf.Ges. zum HGB.

[48]) Staub-Pinner § 271 Anm. 20; Staub-Hachenburg GmbH.Ges. § 35, Anm. 42; Haußmann S. 32.

[49]) Vgl. Wieland, Handelsrecht S. 481 Anm. 22; Staub-Pinner Anm. 15 zu § 231.

[50]) § 38, 2 GmbH.Ges.

[51]) Ähnl. Bondi in Festg. f. Liebmann S. 283; „Das Widerrufsrecht darf nicht gegen Treu und Glauben ausgeübt werden."

[52]) Friedländer in JW 1923, 214; Staub-Pinner § 231 Anm. 20; Fischer in Ehrenb. Hdb. S. 214. In einzelnen Punkten kann der Wille eines Dritten maßgebend sein RG. 83/383.

weise des Vorstands eingeräumt werden kann, zurückzutreten. In der oft zitierten Entscheidung des Reichsgerichts[53]) (Überlassung des Betriebs der rumänischen Eisenbahnen an den Staat gegen Rente) sollte die Staatliche Eisenbahndirektion die Stelle des Vorstandes vertreten. Entscheidend war dabei, daß sie nicht der Generalversammlung zu folgen hatte, sondern dem Ministerium für öffentliche Arbeiten. Auch hatte die Generalversammlung nicht das Recht, die Vorstandsbestellung zu widerrufen. Dadurch würde die für die Aktiengesellschaft wesentliche Organisation zerstört werden. „Die Generalversammlung kann die Gesellschaft in diese Lage ebensowenig versetzen, wie eine physische Person durch freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft eines anderen eine Selbstentmündigung herbeiführen könnte."

Mit dieser Einschränkung kann auch der Vorstand vom Betriebsführer bestellt werden. Einem Dritten kann m. E. auch das Recht zustehen, einen von dem Konkurrenzverbote des § 236 HGB. befreiten Vorstand zu bestellen. Die Gesellschaft kann ja nach § 236 Abs. 1 den Vorstand auch selbst von dem Konkurrenzverbot entbinden. Sie kann sogar den jeweiligen Vorstand von diesem Verbot befreien, z. B. durch Satzungsbestimmung[54]). Diese Befreiung kann aber auch dem Dritten zugesichert werden für die jeweilige Person, die er bestimmen wird.

Der Dritte, der den Vorstand bestellt, kann ihn aber nicht eigenmächtig von dem Konkurrenzverbot befreien. Zwar wird die Befreiung von demjenigen erteilt, der den Vorstand bestimmt; aber nach dem Wortlaut des § 236 muß derjenige, der die Befreiung erteilt, Gesellschaftsorgan sein.

Nach dem Vertrage, der dem Dritten das Recht zur Vorstandsbestellung gewährt, entscheidet es sich auch, in wessen Interesse der Dritte bei der Vorstandsbestellung zu handeln hat. Dem Dritten kann gestattet sein, hauptsächlich sein eigenes Interesse wahrzunehmen und erst in zweiter Linie die Belange der Gesellschaft zu berücksichtigen. Eine solche Befugnis wird z. B. dann anzunehmen sein, wenn dem Dritten als Darlehnsgläubiger der Gesellschaft zur Wahrung seiner Interessen das Recht der Vorstandsbestellung eingeräumt wird.

Dadurch wird natürlich eine Gefahrenlage für die Gesellschaft geschaffen: Der Vorstand muß zum alleinigen Vorteil der Gesellschaft handeln; im § 312 HGB. wird er mit Strafe bedroht, wenn er diese Pflicht verletzt und absichtlich zum Nachteil der Gesellschaft handelt. Andererseits aber soll der Vorstand die Interessen desjenigen wahrnehmen, der ihn bestellt hat. Bei widerstreitenden Interessen hat für den Vorstand immer das Interesse der Gesellschaft vorzugehen.

Anders liegt es, wenn der Dritte den Vorstand nicht in seinem eigenen Interesse, sondern im Interesse der Gesellschaft zu bestellen hat. Man denke etwa an den Fall, daß bei einer gemeinnützigen AG. der Bürgermeister einer Stadt das Recht zur Vorstandsbestellung hat. Man wird in diesem Falle den Dritten als Organ der Gesellschaft ansehen dürfen[55]) und muß ihm aus diesem Grunde zur Pflicht machen, das Interesse

---

[53]) RG. 3/129. Vgl. auch 82/308 (Petroleumfall): „Die Organe der Gesellschaft müssen in Tat und Wahrheit Organe der Gesellschaft sein."

[54]) OLG. Rostock in DJZ. 00, 198.

[55]) Peine in Ehrenbergs Hdb. III, 3 S. 474 vertritt diese Ansicht in der Weise, daß er jede Stelle außerhalb der Gesellschaft, der die Vorstandsbestellung obliegt, als „Kreationsorgan" der Gesellschaft ansieht. Ich möchte die im Text erwähnte Einschränkung machen, und denjenigen,

der Gesellschaft zu wahren. Er darf also nicht eine Person zum Vorstand auswählen, deren Interessen denen der Gesellschaft entgegengesetzt sind, z. B. bei einer Gesellschaft, deren Betrieb verpachtet ist, nicht den Betriebsführer.

Die Frage, ob überhaupt der Betriebsführer mit dem Vorstand der Rentnergesellschaft identisch sein kann, muß bejaht werden. § 236 HGB., der dem Vorstand verbietet, ein Handelsgewerbe zu betreiben, kann als eng zu interpretierende Sondervorschrift nicht dahin ausgelegt werden, daß der Vorstand seine Arbeitskraft hauptsächlich der Gesellschaft zu widmen habe. Außerdem ist § 236 dispositiver Natur; die Generalversammlung kann auf die Einhaltung des Konkurrenzverbotes verzichten. Zu beachten ist nur, daß das notwendige Selbstkontrahieren eines solchen Vorstandes durch Einwilligung der Generalversammlung nach § 181 BGB. gedeckt werden muß.

Auch nach einer anderen Seite hin ist der Vorstand noch mit der Generalversammlung verknüpft. Er ist nicht nur Ausführungsorgan, sondern auch Vertrauensorgan. Deshalb kann der Vorstand (bzw. der Geschäftsführer der GmbH.) seine gesamte Machtstellung nicht auf einen Dritten — etwa durch Generalvollmacht — übertragen[56]). Eine solche Handlungsweise wird auch nicht durch die weitgehende Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber gedeckt. Seine Stellung zur Gesellschaft ist in dieser Beziehung kaum von der des Prokuristen verschieden, dem die Übertragung der Prokura ja auch nach § 52 Abs. 2 HGB. untersagt ist. Andernfalls könnte der Vorstand der Generalversammlung im praktischen Ergebnis einen Dritten, der das Vertrauen der Gesellschaft nicht besitzt, als Vorstand aufzwingen.

B. Der Betriebsführer als Inhaber der tatsächlichen Vorstandsgewalt.

Bei einem Betriebsüberlassungsvertrage hat der Betriebsführer eine ähnliche Machtstellung wie der Vorstand, besonders dann, wenn er noch eine Generalvollmacht erhält, die ja bei Betriebsüberlassungsverträgen häufig vorkommt. Das ist etwas anderes als die Überlassung der Vorstandsrechte an einen Dritten, kommt diesem Tatbestand jedoch nahe. Der Betriebsführer ist zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich im Besitze der Vorstandsbefugnisse; der eigentliche Vorstand ist zur Bedeutungslosigkeit herabgedrückt. Er hat zwar noch die aus dem Vertrage entspringenden Rechte geltend zu machen, für die Erhaltung der Substanz zu sorgen und die Bilanz aufzustellen; auf den eigentlichen Betrieb aber hat er keinen Einfluß. Mit der herrschenden Lehre ist eine so weitgehende Vollmacht trotzdem als zulässig anzusehen[57]). Friedländer[58]) folgert daraus, daß das Problem der Selbständigkeit im wesentlichen formaler Natur sei und daß es genüge, wenn die Organe vorhanden seien und von der Generalversammlung abhängig bleiben.

---

der den Vorstand bestellt, nur dann als Organ der Gesellschaft ansehen, wenn er nicht in seinem eigenen Interesse handeln darf.

[56]) RG. 86/265; für die GmbH. — Analog für die Aktiengesellschaft KG. in KGJ. 48 A, 76.

[57]) Brodmann § 35 Anm. 2; § 36 Anm. 2. — Friedländer S. 275 a. a. O. und in JW. 1923, 213; KG. in D.Not.Ver.Z. 1925, S. 242 u. in JW. 1925, 245.

[58]) S. 69 und in JW. 1923, 214.

Das Entscheidende scheint mir dabei darin zu liegen, daß die Generalversammlung einer solchen Vollmacht zugestimmt hat. Dies bewegt sich durchaus im Rahmen ihrer Befugnisse, denn der Betriebsführer wird dadurch nicht, wie im Falle des RG. 3/129 (Selbstentmündigung) in seinen Entschlüssen völlig unabhängig, sondern er ist stets durch den Vertrag mit der Gesellschaft in genau umgrenzter Weise gebunden, auch soweit er tatsächlich die Stelle des Vorstandes einnimmt. Daraus möchte ich weiter folgern: In der allgemeinen Ermächtigung des Vorstandes zum Abschluß eines Betriebsüberlassungsvertrages liegt noch nicht die Ermächtigung, daß der Vorstand in Ausführung dieses Vertrages dem Betriebsführer von sich aus eine weitgehende Generalvolmacht erteilen darf; denn diese Vollmacht kommt auf eine tatsächliche Übertragung der Vorstandsbefugnisse hinaus; und der Vorstand hat ja auch nicht die Macht, seine Vollmacht zu übertragen, da diese nach § 664 BGB., der auf die Vollmacht analog anzuwenden ist, mit Rücksicht auf das ihr zugrundeliegende Vertrauensverhältnis im Regelfall nicht übertragen werden kann[59]).

Eine Generalvollmacht, die dem Betriebsführer ausgestellt wird, findet ihre Grenzen zunächst einmal in den allgemeinen Vorschriften des BGB.; das Grundgeschäft ist meist ein Auftrag oder ein Dienstvertrag; dem Betriebsführer kann bei der Ausführung seiner Geschäfte die Haftung wegen Vorsatzes nach § 276 Abs. 2 nicht erlassen werden, ferner kann Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB. vorliegen. Andere Beschränkungen der Vollmacht werden sich aus dem Vertrage ergeben; z. B. ist dem Betriebsführer im Zweifel nicht gestattet, den Betrieb einem Dritten zu überlassen, da die Person des Betriebsführers wesentlich ist.

Es fragt sich aber weiter, ob den Betriebsführer, der ja tatsächlich die Stelle des Vorstandes einnimmt, auch gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen treffen, die sonst dem Vorstand obliegen. § 242 HGB., der bestimmt, daß die für die Mitglieder des Vorstandes geltenden Vorschriften auch auf deren Stellvertreter Anwendung finden, kann hier nicht herangezogen werden. Denn der Betriebsführer ist nicht Stellvertreter des Vorstandes, sondern hat nur tatsächlich eine ihm gleiche Stellung in bezug auf den Betrieb, nicht so sehr dagegen in bezug auf die Mitgliederversammlung und die Gesellschaft selbst.

Soweit den Vorstand Pflichten treffen, die hauptsächlich den Betrieb angehen, muß geprüft werden, ob der Betriebsführer eine ähnliche Pflicht hat wie der Vorstand. Je stärker der öffentlich-rechtliche Einschlag bei einer solchen Pflicht ist, umso mehr ist ihre Erfüllung der Parteidisposition entzogen. Dem Parteiwillen unterliegt z. B. das Konkurrenzverbot des Vorstandes. Den Betriebsführer trifft es im Normalfalle nicht, da die eigenen Interessen des Betriebsführers nicht hinter die Interessen der Gesellschaft zurückzutreten brauchen. Der Vertrag hat hier freie Hand. Er kann so gestaltet sein, daß der Betriebsführer sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig macht, wenn er gleichzeitig ein Konkurrenzunternehmen betreibt. Dieses ist besonders dann anzunehmen, wenn sich die Rentnergesellschaft einen Anteil am Gewinn des Betriebes ausbedungen hat.

Wie ist die Lage nun, wenn der Betriebsführer solche riskanten Geschäfte macht, bei deren Abschluß der Vorstand die Generalversammlung befragen müßte? Solche Geschäfte beeinflussen ja auch das Leben der Gesellschaft, wenn sie ihren Betrieb später wieder übernehmen will, z. B.

---

[59]) RG. in JW. 1912, S. 527; RGRKomm. § 166 Anm. 3; Oertmann Bem. 8 zu § 167 BGB.; Planck Anm. 7 zu § 167, 1 c.

eine grundlegende Änderung der Fabrikationsmethoden. Im Zweifel wird der Betriebsführer die Genehmigung der Gesellschaft einzuholen haben. Aber solche Geschäfte haben mit der tatsächlichen Stellung des Betriebsführers als Vorstand nichts zu tun. Die Interessen Dritter werden durch sie nicht verletzt. Also kann die Vollmacht des Betriebsführers auch das Recht zu allen gewagten Geschäften mit umfassen. Wenn der Betriebsführer — ohne eine entsprechende Vollmacht zu haben — eine grundlegende Änderung im Betriebe vornimmt, so haftet er auf Grund des Vertrages, nicht dagegen aus demselben Rechtsgrunde, aus dem im entsprechenden Fall der Vorstand haften würde. Er kann sich daher im Gegensatz zum Vorstand[60]) damit exkulpieren, daß er nachweist, der Vorstand der Gesellschaft hätte die Änderung genehmigt, da die Generalversammlung bei einer Befragung sie gutgeheißen hätte. Denn die Gesellschaft soll nach dem Vertragszweck doch nur die Möglichkeit haben, ihre Rechte wahrzunehmen.

Weiter ist zu prüfen, welche Pflichten der Betriebsführer hat, wenn ein Dritter dem Betrieb Schaden zufügt. Seinen eigenen Schaden kann der Betriebsführer natürlich ersetzt vrelangen; den Schaden, der der Rentnergesellschaft entsteht, kann er bei Vertragsverletzungen liquidieren, soweit er als indirekter Vertreter[61]) der Rentnergesellschaft gehandelt hat und bei Delikten kraft seiner Vollmacht im Rahmen der §§ 823, 826 BGB. Aber muß der Betriebsführer das Interesse der Rentnergesellschaft wahrnehmen? Sofern sich dies nicht aus dem Vertrage ergibt, dürfte den Betriebsführer nur die Pflicht treffen, den Schaden der Rentnergesellschaft anzuzeigen. Aber auch diese Pflicht kann wegbedungen werden, da sie keinen gesellschaftsrechtlichen Charakter hat, und die Generalversammlung auch ihrem eigenen Vorstand gestatten kann, den Schaden nicht geltend zu machen.

Wenn jedoch der Fortbestand des Unternehmens überhaupt in Frage gestellt ist, z. B. wenn die unversicherte Fabrik abbrennt oder wenn ein neues, durch Patent geschütztes Verfahren erfunden wird, welches den Betrieb unrentabel macht, so daß die Gesellschaft, die den Betrieb wieder übernehmen will, zur Betriebseinstellung gezwungen ist, dann wird man dem Betriebsführer die Pflicht auferlegen müssen, diese Ereignisse der Rentnergesellschaft anzuzeigen. Auf diese Anzeigepflicht kann auch nicht durch eine Generalvollmacht verzichtet werden, die den Betriebsführer ermächtigt, zu verfahren, wie er will. Denn der Vorstand kann in solchen Fällen die Pflicht aus § 240 HGB. haben oder sogar zur Konkursanmeldung genötigt sein. Um aber diese im öffentlichen Interesse liegende Pflicht ausüben zu können, muß der Vorstand den Gang des Betriebes bis zu einem gewissen Grade überwachen können. Da er diese Möglichkeit nicht hat und da die Überwachung des Betriebes dem Betriebsführer übertragen ist, so muß dieser mindestens in solchen Fällen den Vorstand benachrichtigen. Die Generalversammlung kann ihrem Vorstand selbst diese Pflicht nicht erlassen; auch kann die Überwachungspflicht nicht von dem Überwachungsrecht getrennt werden. Die Gesellschaft kann die Pflicht des Vorstandes nicht durch Vertrag mit einem Dritten unmöglich machen.

Am deutlichsten zeigt sich die Stellung des Betriebsführers als Inhabers der tatsächlichen Vorstandsgewalt bei der Aufstellung der Bilanz der Rentnergesellschaft. Die genaue Bewertung, die dem Vorstand zur

[60]) RG. 35/87. Abw. A. Staub-Pinner Anm. 4 zu § 251.
[61]) Vgl. z. B. RG. 90/246.

Pflicht gemacht ist, kann dieser ohne Mitwirkung des Betriebsführers garnicht durchführen. Wie soll er z. B. den Wertverlust schätzen, der sich bei Berücksichtigung der „mutmaßlichen Gesamtdauer der Verwendung der Vermögensgegenstände“[62]) ergibt? Oder den Wert der Maschinen, Werkzeuge und des Inventars, der Rohstoffe, der halbfertigen Erzeugnisse, der Waren? Diese muß er aber alle gesondert in der Bilanz aufführen. Sie kommen natürlich nur in soweit in Betracht, als sie der Rentnergesellschaft noch gehören, also z. B. beim Dispositionsnießbrauch, der hinsichtlich des Warenlagers relativ häufig[63]) vorkommt. Die Verpflichtung zur Aufstellung der Bilanz ist eine öffentlich-rechtliche. Die Gesellschaft kann diese Pflicht nicht durch Vertrag mit einem Dritten erschweren. Die Auskunftpflicht des Betriebsführers ist unverzichtbar; sie beruht auf der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Betriebsführers.

Ebenso können die nach § 262 a zu bestellenden Bilanzprüfer als staatliche Aufsichtsorgane auch beim Betriebsführer Stichproben vornehmen, sofern sie Zweifel haben; denn das Vermögen gehört der Gesellschaft. Sonst wäre der Bilanzprüfer in seiner Tätigkeit lahmgelegt. Aber er hat stets nur im Rahmen der Bilanz der Gesellschaft zu prüfen, nicht im Rahmen der Bilanz desBetriebsführers.

Die nach § 266 von der Generalversammlung gewählten Prüfer können dagegen nur die Einsicht der Bücher der Rentnergesellschaft verlangen. Denn sie sollen nur die Geschäftsführung des Vorstandes prüfen. Die Generalversammlung hat es vollständig in ihrer Hand, ob sie solche Prüfer bestellen will oder nicht. Deshalb kann sie auch nicht auf diesem Umweg den Betriebsführer kontrollieren, sofern ihr dieses Recht nicht nach dem Vertrage zusteht.

Wenn der Betriebsführer nun die Mitwirkung bei der Aufstellung der Bilanz verweigert, so fragt es sich, ob auch der Registerrichter dessen Mitwirkung genau so wie die des Vorstandes durch Ordnungsstrafen nach § 319 HGB. erzwingen kann. Freilich ist bei einer Zivilklage der Gesellschaft gegen den Betriebsführer auf Rechnungslegung der praktische Erfolg derselbe: über den Betriebsführer werden dann nach § 888 ZPO. ebenfalls Beugungsstrafen in Geld verhängt. Doch muß man auch dem Registerrichter die Befugnis zuerkennen, gegen den Betriebsführer mit Ordnungsstrafen vorzugehen. Zwar ist eine Analogie im Strafrecht unzulässig; z. B. würden die Kriminalstrafen nach §§ 312, 314 HGB gegen den Betriebsführer nicht zur Anwendung kommen. Die Ordnungsstrafgewalt des Registergerichts ist jedoch anderer Art als die im StGB geregelte. Die Grundsätze des Strafrechts können nicht ohne weiteres auf das Ordnungsstrafverfahren angewandt werden. Die Vorschrift des § 319 HGB. ist polizeilicher Natur; und hier gilt der Grundsatz, daß derjenige Adressat der Verfügung ist, der die tatsächliche Macht hat. Außerdem würde die in § 260, 2 festgesetzte Dreimonatsfrist für die Aufstellung der Bilanz nicht eingehalten werden können, wenn der Vorstand erst eine langwierige Klage durchführen müßte.

Eine Beaufsichtigung des Betriebsführers durch den Aufsichtsrat kommt nicht in Frage, da der Betriebsinhaber seine eigenen Geschäfte führt; nur der Vorstand ist zu kontrollieren, damit er die Interessen der Gesellschaft wahrt. Hier sind die Interessenkreise durch den Vertrag fest abgegrenzt. Wenn der Aufsichtsrat Bedenken hat, so kann er lediglich auf seinen Vorstand einwirken, die Rechte der Gesellschaft gegen den Betriebsführer

[62]) § 261, §261 a der Novelle.
[63]) Vgl. Friedländer S. 183.

geltend zu machen. Ebenso kann der Vorstand nicht etwa dem Betriebsführer Weisungen erteilen. Denn er ist ihm nicht übergeordnet, sondern gleichgeordnet.

§ 3. Andere Beschränkungen des gesellschaftlichen Lebens.

A. Der Aufsichtsrat.

Bei der Gesellschaft mbH. ist die Bestellung des Aufsichtsrats fakultativ. Seine Bestellung und überhaupt sein ganzer Tätigkeitsbereich können von dritten Personen abhängig sein[64]). Er ist kein wesentlicher Bestandteil des Organismus. Bei der GmbH. kann auch Aufsichtsrats- und Vorstandsbestellung in eine Hand gelegt werden.

Der Ansicht von Bondi[65]), daß der Dritte „eine geeignete und einwandfreie Persönlichkeit" bestellen muß, kann ich nicht beitreten. Denn der GmbH. ist es nach § 46 vollständig freigestellt, ob und wie sie die Geschäftsführung überwachen will. Sie kann auf die Überwachung ganz verzichten oder einem interessierten Dritten (z. B. einem Darlehnsgläubiger) das Recht der Bestellung eines Überwachungsorgans einräumen. Wenn der Dritte ungeeignete Persönlichkeiten bestellt, so verzichtet er eben zum Teil auf das ihm zustehende Überwachungsrecht. Eine Überwachungspflicht hat der Dritte nicht, höchstens schädigt er sich selbst, wenn er die Überwachung unterläßt. Das Recht des Dritten hat den Charakter einer Obliegenheit (= Pflicht gegen sich selbst).

Bei der Aktiengesellschaft kann der Aufsichtsrat nur von der Generalversammlung bestellt werden[66]). Auch die Satzung kann nicht bestimmen, daß Außenstehende dem Aufsichtsrat angehören oder die Aufsichtsratsstellen besetzen sollen. Das Amt des Aufsichtsrats ist Vertrauensamt; deshalb muß die Wahlfreiheit der Generalversammlung gewahrt bleiben.

Nach § 246, 4 können die Mitglieder des Aufsichtsrats ihre Pflichten nicht auf andere übertragen. Also ist keine Übertragung des Stimmrechts als Mitglied des Aufsichtsrats möglich. Zu den Sitzungen des Aufsichtsrats können die Mitglieder keine Bevollmächtigten entsenden[67]). Gerade die Willensbildung ist ein höchstpersönliches Geschäft.

Den Einfluß eines Dritten auf die Bestellung des Aufsichtsrats sucht man in der Praxis so zu sichern, daß der Dritte gewisse Befugnisse erhält (selbständiges Strafversprechen, die Befugnis ein der Gesellschaft gegebenes Darlehn zu kündigen usw.), wenn der von ihm Vorgeschlagene von der Generalversammlung nicht gewählt wird[68]). In diesem Falle ist es möglich, die Vorstandsbestellung und den Einfluß eines Dritten auf die Wahl des Aufsichtsrats in eine Hand zu legen.

---

[64]) § 52, 1 GmbH.Ges., vgl. auch §§ 46, 6; 45, 2; Staub-Hachenburg § 35 Anm. 42, § 46 Anm. 21; § 52 Anm. 7. Liebmann § 6 Anm. 5.
[65]) In Festg. f. Liebmann S. 286.
[66]) § 243, 1 HGB.; vgl. Junck in LZ. 1914, 1643.
[67]) Staub-Pinner Anm. 11 zu § 246. RG. in LZ. 1917, 1126, 9.
[68]) Bondi in Festg. f. Liebmann S. 284.

Der auf Einfluß eines Dritten in den Aufsichtsrat Gewählte ist Mitglied eines Gesellschaftsorgans. Er kann leicht in eine Pflichtenkollision kommen, wenn er z. B. die Interessen einer anderen Aktiengesellschaft wahrnehmen soll. Dann darf er sich bei Abstimmungen nur von den Interessen der Aktiengesellschaft leiten lassen, deren Aufsichtsrat er angehört.

Daß der Betriebsführer in den Aufsichtrsat gewählt wird, möchte ich für unzulässig halten. Zwar ist er weder Vorstand noch geschäftsführender Beamter der Gesellschaft; diese dürfen nach § 248, 1 HGB. nicht Aufsichtsratsmitglieder sein; auch eine Generalvollmacht würde den Betriebsführer nicht zum geschäftsführenden Beamten der Aktiengesellschaft machen, da er die Geschäfte seines eigenen Betriebs, nicht die der Gesellschaft führt. Aber der gesetzgeberische Grund des § 248, 1 trifft auch auf ihn zu: die Überwachung der vom Vorstand abgeschlossenen Geschäfte durch den Aufsichtsrat würde illusorisch sein, wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats selbst als Vertragspartei auftritt. Würde man seine Wahl in den Aufsichtsrat zulassen, so würde die Stelle des Vorstandes und die des Aufsichtsrats tatsächlich verschmolzen sein. Die Betellung des Betriebsführers zum Aufsichtsrat ist nichtig. Denn derjenige, der Vorstandsmitglied ist, scheidet aus dem Aufsichtsrat aus.

B. Mitglieder der Generalversammlung.

Strafbar ist nach § 317 HGB., wer sich für die Abstimmung in einem bestimmten Sinne besondere Vorteile gewähren läßt. Jedoch fällt der gesellschaftsrechtliche Vorteil, der sich aus der Abstimmung selbst ergibt, nicht unter den Begriff des „besonderen Vorteils", der außerhalb des Zweckes der Abstimmung liegt und für das Abstimmen als solches gewährt wird. Ein Vertrag zwischen Aktionären, der nur Verpflichtungen gesellschaftsrechtlicher Natur festsetzt, ist also gültig[69]); Vereinbarungen über die zu wählenden Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder werden häufig getroffen. Ebenso kann der Aktionär Dritten gegenüber[70]) (auch der Gesellschaft gegenüber) gebunden sein. Gerade bei Aktien, die zum Schutz gegen Überfremdung geschaffen sind, ist eine solche Bindung nötig, damit der Aktionär gehindert wird, als Treuhänder selbstsüchtige Interessen zu verfolgen. Nur darf der Aktionär nicht völlig unfrei sein; für einzelne Fälle der Stimmabgabe ist die Bindung durchaus zulässig. Aktien, die von der Gesellschaft vollständig beherrscht werden („wirtschaftlich eigene Aktien") haben kein Stimmrecht. Für das frühere Recht hat Ruth[71]) diese Ansicht u. a. mit der Begründung vertreten, daß ein von dem Willen der Gesellschaft verschiedener Wille nicht vorhanden sei. Jetzt bestimmt die Novelle in § 226, 5, daß Aktien, die „einem Dritten für Rechnung der Gesellschaft gehören", kein Stimmrecht haben.

---

[69]) RG. 83/220; OLG. Bamberg in LZ. 1919, 611. — Staub-Pinner Anm. 8 zu § 317.

[70]) OLG. Naumburg in OLG. 27, 350; Staub-Hachenburg, GmbH.Ges. S. 52 Anm. 16; Fischer S. 240 Anm. 23; Hachenburg in LZ. 1908, 645. Dagegen verstößt ein Schuldverhältnis im Interesse einzelner Gesellschafter, das einen Dritten verpflichtet, eine Wahl nicht anzunehmen, gegen § 138 BGB.: RG. 57/209.

[71]) S. 65 ff., S. 74 ff.

Im allgemeinen werden solche Vereinbarungen auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Zunächst einmal ist die Anschauung des Verkehrs zu berücksichtigen, der solche Vereinbarungen durchaus als zulässig ansieht. Daß der Gewählte das Vertrauen der Mehrheit der Gesellschafter nicht immer besitzen wird, ist noch kein Grund, die Vereinbarungen über eine Wahl als sittenwidrig für nichtig zu erklären. Denn die Mehrheit kann den Gewählten ja jederzeit abberufen. Auch die bloße Möglichkeit, daß der Gewählte (z. B. wenn er die Interessen einer anderen Gesellschaft vertreten soll) sich nicht vom alleinigen Vorteil der Gesellschaft, als deren Organ er gewählt ist, wird leiten lassen, läßt eine Vereinbarung nicht als sittenwidrig erscheinen, durch die die Wahl einer Person ermöglicht werden soll, die Interessen vertritt, die denen der Gesellschaft entgegenlaufen. Nur dann, wenn die getroffenen Vereinbarungen dem Gewählten eine Verletzung seiner Pflicht zumuten, dürfte eine nach § 138 BGB. nichtige Vereinbarung vorliegen.

C. Bindungen der Gesellschaft durch Verträge.

Hier spielt zunächst der Gesichtspunkt des Knebelungsvertrages eine Rolle. Eine Gesellschaft darf nicht zum willenlosen Werkzeug eines Dritten werden[72]). Ein Betriebsüberlasungsvertrag kann natürlich zum Knebelungsvertrag ausarten, wenn z. B. der Pächter als Hauptaktionär seine Aktien durch Strohmänner[73]) (§ 252, 3 HGB.) vertreten läßt, um günstige Pachtbedingungen zu erhalten, wenn die wirtschaftliche Freiheit der Rentnergesellschaft übermäßig eingeschränkt wird, wenn ein zu weitgehendes Konkurrenzverbot hinzutritt (z. B. die Gesellschaft dürfe sich überhaupt nicht betätigen, auch nicht in einem ganz anderen Geschäftszweig) oder wenn eine wirtschaftliche Machtstellung in unzulässiger Weise ausgenutzt wird. Im Normalfall jedoch ist der Betriebsüberlassungsvertrag nicht sittenwidrig. Friedländer[74]) schließt so: Da die Aktionäre sich auch gefallen lassen müssen, daß das Unternehmen im ganzen veräußert wird, so ist auch ein Betriebsüberlassungsvertrag gültig. Diesen Schluß a maiori ad minus verwirft aber das Reichsgericht; es sagt, eine Gesellschaft könne sich zwar auflösen, aber nicht selbst entmündigen. Die Entscheidung läßt sich nur aus dem Begriff der guten Sitten entnehmen. Der Betriebsüberlassungsvertrag ist für die moderne Konzernbildung typisch. Bei der Anwendung des § 138 ist aber der Kreis, in dem sich das Rechtsgeschäft abspielt, zu berücksichtigen, schon um überhaupt einen Begriff der guten Sitten zu erhalten, für den es ja keinen allgemein anwendbaren Maßstab gibt. Im allgemeinen handelt es sich bei einem Betriebsüberlassungsvertrag um geschäftsgewandte und erfahrene Parteien; eine Ausnutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit einer Partei kommt also viel weniger in Betracht als bei anderen Geschäften des täglichen Verkehrs. Insofern ist die Anwendbarkeit des § 138 BGB. viel seltener zu bejahen.

Wesentlich dabei ist, daß der Dritte nur das Unternehmen als solches, also wirtschaftliche Angelegenheiten, nicht dagegen die Organe der

---

[72]) RG. 82[3]313; vgl. auch RG. in Seuff. Arch. 80, S. 37.

[73]) Derjenige, mit dem der Pachtvertrag abgeschlossen werden soll, hat nach § 252, 3 kein Stimmrecht. Deshalb werden oft bei der Abstimmung Strohmänner vorgeschoben. Vgl. ausführlich unten § 6 E dieser Arbeit.

[74]) In JW. 1923, 214.

Rentnergesellschaft beherrschen darf. Das Reichsgericht[75]) hält es sogar für zulässig, daß einem Dritten für die Gewinnverteilung bestimmende Bedeutung eingeräumt werden kann, da durch eine solche Vereinbarung der Wille des Dritten nur in einem Punkte für die Gesellschaft bestimmend wird. In einzelnen wirtschaftlichen Fragen ist deshalb eine Abhängigkeit der Gesellschaft vom Ermessen eines Dritten für zulässig zu erachten.

D. Das sachliche Substrat der Gesellschaft.

Ein Vermögen ist für den Bestand der juristischen Person nicht wesentlich[76]). Pinner[77]) weist darauf hin, daß die vermögenslose Gesellschaft immer noch besser dasteht als die überschuldete. Sofern die notwendige Organisation noch da ist, kann die Gesellschaft Kredit erhalten, insbesondere wenn die Vermögenslosigkeit nur eine zufällige ist; Kreditgrundlage kann auch das Vertrauen zu den leitenden Persönlichkeiten sein[78]). Die Möglichkeit, Kredit zu erhalten, ist besonders dann vorhanden, wenn zwar Anlagen von Wert vorhanden sind, ihnen jedoch Schulden in gleicher Höhe gegenüberstehen, wenn also das Reinvermögen fehlt.

Auch der Betrieb eines Gewerbes ist für die juristische Person nicht wesentlich[79]). Es sei darauf hingewiesen, daß beim Vorliegen eines Kartells Werke oft nur deshalb gepachtet werden, um sie stillzulegen. Die Gesellschaft kann ihren Betrieb auch selbst ruhen lassen.

Nach der Inflation war die Löschung stilliegender, vermögensloser Gesellschaften im Handelsregister mit einer zeitlichen Begrenzung zulässig[80]). Das Kammergericht[81]) hat sich über diese zeitliche Grenze hinweggesetzt. Es hat entschieden, daß eine völlige Mittellosigkeit, die mit einer Vertreterlosigkeit einhergeht, die Aktiengesellschaft auflöst: „Ist die Gesellschaft bereits auf einem Punkte angelangt, in dem ihre vermögensrechtliche Grundlage völlig zerstört ist, ist also das, was die Auflösung bezweckte, bereits zur Tatsache geworden, und ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Verhalten der Gesellschaftsorgane zu entnehmen, daß die Gesellschaft selbst eine Fortsetzung des gesellschaftlichen Lebens nicht will, dann ist die Auflösung ohne Beschluß eingetreten". Die Vermögenslosigkeit an sich löst die Gesellschaft also noch nicht auf, sondern erst der Mangel an gesellschaftlichem Leben, der beim Fehlen der Organisation oder bei deren langandauernder Tatenlosigkeit vorliegt.

---

[75]) RG. 83/382.

[76]) Es gibt eine Reichsgerichtsentscheidung a. d. Jahre 1886 (RG. 14/418, die den Standpunkt vertritt, die Persönlichkeit der AG. beruhe lediglich auf einem bestimmten Vermögen, und daher höre mit dem Wegfall des Vermögens auch die Persönlichkeit auf.

[77]) S. 281.

[78]) Staub-Pinner Anm. 23 zu § 292.

[79]) KG. in KGJ. 13 A Nr. 12; 45 A. 179; Staub-Pinner Anm. 23 zu § 292; Scholz III, 4 zu § 60; Koenige Anm. 5c zu § 292.

[80]) § 2 d. Verordnung v. 21. Mai 1926 (RGBl. I, 248).

[81]) In Jahrb. f. freiw. Gerichtsbarkeit 4, 178.

§ 4. Der Wegfall des persönlichen Substrats.

Der Betriebsüberlassungsvertrag beschränkt die gesellschaftlichen Rechte der Mitglieder der Rentnergesellschaft in hohem Maße. Ein Auflösungsrecht besteht nur noch theoretisch, da eine Liquidation undurchführbar ist. Eine Abstimmung kann auf den Betrieb und dessen Gewinnergebnis keinen Einfluß mehr haben. Und denken wir uns einmal den Fall so, daß die Aktionäre vom Betriebsführer statt einer jährlichen Rente eine Kapitalabfindung erhalten und daß zum Ausgleich hierfür dem Betriebsführer ein Optionsrecht auf den Betrieb eingeräumt ist oder daß bei einer Liquidation das Vermögen nicht an die Aktionäre fällt[82]); dann sind die Mitglieder nur noch formell da, ihre gesellschaftlichen Rechte sind fortgefallen. Das einzige Recht, das im Normalfall geblieben ist, ist das Gewinnbezugsrecht, aber es ist oft kein je nach dem Geschäftsgang variables mehr, sondern ein angemessener Zins. Die Aktionäre werden immer mehr zu Obligationären; ja sie haben noch weniger Rechte, denn selbst das die Obligationäre auszeichnende Gläubigerrecht fehlt ihnen.

Der Wegfall sämtlicher Mitgliederrechte kommt dem Verlust der Mitgliedschaft praktisch gleich. Geblieben ist nur die Organisation. Das ganze gesellschaftliche Leben der Rentnergesellschaft beschränkt sich auf die Tätigkeit des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Wenn bei der Überlassung des Betriebs seitens einer Gesellschaft sämtliche Mitgliederrechte weitgehend beschränkt sind und zum größten Teil sogar ganz fehlen, so fragt es sich, ob eine solche Gesellschaft überhaupt rechtlich noch bestehen kann oder ob es Mitgliederrechte gibt, deren Vorhandensein für den Bestand einer juristischen Person unerläßlich ist. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, ob eine Gesellschaft erlischt oder ihr Wesen verändert, wenn sämtliche Mitgliederrechte und sogar sämtliche Mitglieder weggefallen sind. Ein solcher Zustand ist bei der AG. und bei der GmbH. so denkbar, daß die Gesellschaft selbst alle ihre Anteile erwirbt. Sowohl bei der Gesellschaft, deren Betrieb an einen Dritten übertragen ist, als auch bei der Gesellschaft, die keine Mitglieder mehr hat, ist das Problem das gleiche, nämlich,ob die juristische Person begriffsnotwendige Mitgliederrechte erfordert.

A. Amortisation und Erwerb.

Die Frage, ob eine juristische Person überhaupt Mitglieder haben müsse, wird — von den Stiftungen abgesehen — von der herrschenden Lehre bejaht[83]). Darüber, was mit dem Vermögen geschieht, wenn alle

[82]) Dies läßt sich nach § 45 BGB. durch Satzungsbestimmungen erreichen und kommt insbesondere für gemeinnützige Gesellschaften in Frage. Vgl. RG. 7, 70: § 300 HGB. ist dispositiver Natur.

[83]) v. Tuhr, S. 558; Enneccerus § 106, 3; Staudinger, S. 235; Planck, S. 139, 3c zu § 41.

Mitglieder wegfallen, sind die Ansichten geteilt. Die herrschende Lehre geht wohl dahin, daß, sofern die Möglichkeit des Wiedergewinnens von Mitgliedern (etwa durch Erklärung gegenüber dem Vorstand oder durch Erfüllung gewisser Bedingungen) wahrscheinlich ist, die Liquidation zunächst vermieden werden kann. Das Gebilde schrumpft zusammen. Nur Anwartschaften und Rechtslagen, die wieder zum Vollrecht aufleben können, bleiben erhalten[84]). Dadurch ist es möglich, den Verein fortzusetzen. Ist die Möglichkeit, Mitglieder zu gewinnen, nicht vorhanden, so fällt das Vermögen auseinander — einige weisen es dem Fiskus zu, andere erklären es für herrenlos. Eine wenig verbreitete Gegenmeinung[85]) nimmt an, daß ein Verein auch zeitweise ohne Mitglieder bestehen könne.

Bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH. müssen wir zunächst einmal einen Unterschied zwischen dem Erwerb aller Anteile und der Amortisation aller Anteile machen[86]). Die Amortisation aller Aktien löst die Aktiengesellschaft und entsprechend die GmbH.[87]) auf. Das Vermögen fällt analog § 45 Abs. 3 BGB. und § 46 an den Fiskus[88]).

Einen Gegensatz zur Amortisation, die das Aktienrecht ganz vernichtet, bildet der Erwerb der Anteile. Zunächst kann eine dritte Person alle Anteile einer Gesellschaft erwerben. Die herrschende Lehre läßt die sogen. Einmanngesellschaft durchaus zu. Ob die Einmanngesellschaft auch in der Form bestehen kann, daß die Gesellschaft selbst Eigentümerin aller Anteile ist, soll im folgenden geprüft werden.

B. Verschiedene Behandlung der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft m. b. H.

Der Gesetzgeber mißbilligt bei der Aktiengesellschaft den Erwerb eigener Aktien. § 226 Abs. 1 der Novelle läßt überhaupt nur den Erwerb von 10 Prozent eigener Aktien zu und dies auch nur dann, wenn es zur Abwendung eines schweren Schadens notwendig ist.

Abstrakt möglich dürfte der Erwerb aller Aktien sein, insbesondere dann, wenn die Aktien der Gesellschaft schenkungsweise[89]) überlassen werden, was ja dann verständlich ist, wenn die Gesellschaft Stiftungszwecke verfolgt. Der unentgeltliche Erwerb fällt nicht unter das Verbot des § 226, denn die Novelle will nur verhindern, daß die Gesellschaft eigene Mittel zum Erwerb der Aktien verwendet, und dieser Gläubigerschutzzweck fällt bei der Schenkung fort. Auch wird die Gültigkeit des

---

[84]) v. Tuhr, S. 76 VII: „Das subjektive Recht soll nur die Willensherrschaft eines Individuums ermöglichen. Das Objekt des Rechts bleibt also im Zustand der Unterwerfung, in dem es vor Eintritt der Mitglieder losigkeit war, und in dem es beim Eintritt eines neuen Subjekts wieder sein wird. Der objektive Tatbestand des Rechts bleibt erhalten." — Vgl. Oertmann, S. 108.

[85]) Cosack § 50 I 4; Rehbein I, 52.

[86]) Dieser Unterschied wird oft nicht gemacht. Z. B. Liebmann, Komm. Berlin 1906; Scholz, GmbH.-Ges. § 60 III, 3.

[87]) Staub-Pinner Anm. 19 zu § 292; Makover § 292 d; Lehmann-Ring Nr. 5 zu § 292. Ritter § 292 Anm. 9 hält die Amortisation aller Aktien überhaupt für unmöglich, weil auch das Grundkapital nicht auf Null herabgesetzt werden kann.

[88]) Abw.A. Staub-Pinner Anm. 19 zu § 292: Das Vermögen wird herrenlos.

Erwerbs eigener Aktien durch Verstoß gegen § 226 Abs. 1 kraft der positiven Vorschrift des Abs. 2 nicht berührt. Ob die Mitgliedschaft solchenfalls erlischt, soll später geprüft werden. Auf die Dauer kann eine solche Aktiengesellschaft jedoch nicht bestehen. Denn eine Generalversammlung ist bei der Aktiengesellschaft notwendig, um den Aufsichtsrat zu wählen, der nach § 243 HGB. höchstens 5 Jahre im Amte bleiben darf, sie ist im Falle des § 240 (Verlust von 50 Prozent des Grundkapitals) zu berufen und hat über die Jahresbilanz zu beschließen. Die letztere Befugnis ist unübertragbar[90]). Die GmbH. steht in dieser Beziehung viel freier. Zwar stellen die Gesellschafter auch hier nach § 46,1 die Jahresbilanz fest, aber § 45,2 bestimmt ausdrücklich, daß § 46 nur gilt, wenn das Statut nichts anderes vorschreibt. Ferner besteht für die GmbH. kein grundsätzliches Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile. Die GmbH. soll nach § 33,2 GmbHGes. eigene Anteile nur erwerben, soweit der Erwerb aus dem über den Betrag des Stammkapitals hinaus vorhandenen Vermögen geschehen kann.

C. Einzelne Fälle.

Wir wollen hier nicht den theoretischen Fall untersuchen, daß zwei Gesellschaften, die gegenseitig alle Geschäftsanteile besitzen, eine Fusion vollziehen[91]). Sondern wir wollen sehen, ob ein solches Rechtsgebilde praktische Zwecke haben kann. Es kommen insbesondere Stiftungszwecke in Betracht. Hachenburg[92]) bringt das Beispiel, daß eine GmbH. zu Stiftungszwecken errichtet wird und daß ihr sämtliche Geschäftsanteile geschenkt werden, um die Erben des Stiftenden daran zu hindern, die GmbH. aufzulösen. Diese Bindung der Erben läßt sich durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers nicht erreichen, da ein solcher nach § 2210 BGB. höchstens für 30 Jahre eingesetzt werden kann. Der Vorteil eines solchen Verfahrens ist der, daß keine staatliche Genehmigung wie bei der Stiftung[93]) erforderlich ist und daß die Staatskontrolle, die § 87 BGB. zuläßt, wegfällt[94]).

---

[89]) Netter in Ztrbl. f. Handelsrecht, ebenso Staub-Pinner Anm. 32 zu § 226 der Novelle. Für das frühere Recht läßt Lehmann S. 512 die AG. mit sich selbst als einzigem Mitglied zu.

[90]) Staub-Pinner Anm. 1a zu § 260.

[91]) Diesen Fall erwähnt in anderem Zusammenhang Ackermann in Ztrbl. f. Handelsr. 1926, 195 ff.

[92]) In Festschr. f. Cohn, S. 11.

[93]) In Baden werden nach Landesrecht Stiftungen dann nicht genehmigt, wenn die Genehmigung nicht im öffentlichen Interesse liegt. Vgl. Staudinger IX zu § 80.

[94]) Unger (S. 65) hält eine Steuerumgehung durch solche Rechtsfiguren für möglich und bildet folgendes Beispiel: „Die Gesellschafter A, B und C, in deren Händen sich sämtliche Geschäftsanteile der GmbH. befinden, lassen ihre Geschäftsanteile am 30. Dezember von der GmbH. ankaufen, um bei der Abgabe ihrer Vermögenssteuererklärungen den vielleicht sehr hoch zu bewertenden Anteil nicht angeben zu müssen. Die Gesellschaft bezahlt am 1. Januar ihre Körperschaftssteuer, und am 2. Januar werden die Geschäftsanteile den Gesellschaftern wieder zurückgegeben." Ob man allerdings so Steuern hinterziehen kann, erscheint mir sehr fraglich. Denn zunächst einmal erhält man nur den Unterschied zwischen der Vermögens-

D. Die Zulässigkeit einer GmbH., die alle ihre Anteile erworben hat.

Einige Autoren vertreten hauptsächlich für die Aktiengesellschaft die Ansicht, daß die Mitgliedschaft schon beim Erwerb des eigenen Anteils ähnlich wie bei der Kaduzierung untergehe[96]). Begründet wird dies damit, daß die Mitgliedschaft ohne einen Träger nicht denkbar ist. Der Unterschied zwischen dem Erwerb des Anteils durch die Gesellschaft und der Amortisation ist dann nur der, daß bei der Amortisation auch die Mitgliederstelle wegfällt.

Die herrschende Lehre spricht sich für die Erhaltung der Mitgliedschaft aus, ohne dabei jedoch die Mitgliedschaft als reines Vermögensrecht aufzufassen. § 226 Abs. 5 schreibt das Ruhen einiger Rechte aus eigenen Aktien vor. Manche Autoren[97]) folgern die Erhaltung der Mitgliedschaft daraus, daß das Gesetz den Erwerb eigener Aktien zuläßt, ohne das vollständige Erlöschen sämtlicher Rechte zu bestimmen, andere[98]) daraus, daß das Anteilsrecht nicht nur eine schuldrechtliche Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft bildet, auch wird auf die Integrität des Grundkapitals verwiesen[99]); es widerspreche dem Gesetz offenbar, daß das Grundkapital schon durch den Erwerb eigener Anteile herabgesetzt werde.

Wenn man sich jedoch auf den Standpunkt stellt, daß das Mitgliedschaftsrecht als Persönlichkeitsrecht in der Hand des Mitgliedes der Gesellschaft vorhanden ist, dann bleibt beim Erwerb des eigenen Anteils nicht das Mitgliedschaftsrecht, sondern nur die Mitgliedschaftsstelle erhalten[100]).

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß an Stelle des Mitgliedschaftsrechts ein rechtliches Nichts in der Hand der Gesellschaft tritt. Vielmehr entsteht statt des vom Mitgliedsstandpunkte aus gesehen gegen die Gesellschaft gerichteten Herrschaftsrechts ein von der Gesellschaft ausgehendes Recht. Dies soll unten beim Stimmrecht näher erörtert werden.

---

und der Körperschaftssteuer; und dann ist eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung für den Übergang der Geschäftsanteile nötig, die auch Kosten verursacht. Ob endlich nach § 5 Reichsabgabenordnung nicht die volle Steuerpflicht wegen Steuerumgehung bestehen bleibt, ist zweifelhaft. Schließlich kann man solche Experimente auch dann machen, wenn noch Gesellschafter vorhanden sind; es liegt also gar kein Grund vor, die GmbH. mit sich selbst als einzigem Anteilseigner in Mißkredit zu bringen.

[95]) Wirtschaftlich ist es kein Unterschied, ob bei einer Einmann-GmbH. der eine Gesellschafter Geschäftsführer ist oder ob der Geschäftsführer alle Anteile vertritt, die formell der GmbH. gehören.

[96]) Ruth in Ztschr. f. H. R. Bd. 88, S. 515 und a. a. O. S. 4 Anm. 7. — Gierke, Genossensch.-Theorie, S. 833 ff. — Fischer in Ehrenb. Hdb. III,1, S. 167. — Parisius-Krüger, GmbHGes. § 60, 50e.

[97]) Rehm: Die Bilanzen der AG. § 130; Hachenburg im Recht 07, 225; Schröder: Über die Rechtsbeziehungen der AG., S. 16. Vgl. auch § 21,2 GmbHGes.

[98]) Ackermann in Z. f. H. R. 1926, S. 195; Scholz, GmbHGes. § 33 IV.

[99]) Cosack, Eigene Aktien, S. 9.

[100]) Ruth, S. 3.

Einige Autoren lassen den Erwerb aller Geschäftsanteile durch die GmbH. zu[101]). Unger[102]) will nur — offenbar von Gierkes Theorie geleitet — den vorübergehenden Erwerb sämtlicher Anteile zulassen: „Der Erwerb aller Anteile in der Absicht, die erworbenen Anteile niemals wieder zu veräußern, ist ungültig." Eine solche Trennung möchte ich für unzulässig halten. Denn zunächst ist die Grenze sehr schwer zu ziehen. Hansen[103]) stellt darauf ab, ob sich die Geschäftsanteile bei der nächsten durch das Statut festgelegten Versammlung der Gesellschafter noch in der Hand der Gesellschafter befinden. Eine solche Grenze muß aber stets willkürlich sein. Vor allem geht es nicht an, das (innere) Motiv des Erwerbs für die Gültigkeit des dinglichen Geschäfts ausschlaggebend sein zu lassen.

Die GmbH. ist auf der Kapital- und nicht auf der Personalbasis aufgebaut. Das Gesetz legt auf die personale Seite weniger Wert. Schon bei der Gründung kommt es nur auf das formale Vorhandensein zweier Gesellschafter, nicht auf deren wirtschaftliches Interesse an. Die Gesellschafterversammlung ist nicht in dem Maße oberstes Organ wie etwa bei der Aktiengesellschaft. Die Personenbasis ist weniger stark ausgeprägt. Vorschriften über die Mindestzahl von Gesellschaftern fehlen. In bezug auf die Festigkeit der Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern ist dem Ermessen[104]) nach § 45 GmbHGes. großer Spielraum gelassen. Die Gesellschafter können aller Rechte entkleidet werden, insbesondere kann die Bilanz von Dritten und selbst vom Geschäftsführer[105]) festgestellt werden.

Feine[106]) versucht schon die normale Einmann-Gesellschaft der GmbH. als mit dem Sinne des Gesetzes in Widerspruch stehend nachzuweisen. Er schließt so: Bei der GmbH. besteht die Pflicht aller Gesellschafter, den Ausfall solidarisch zu decken, der dadurch entsteht, daß ein Gesellschafter seine Stammeinlage nicht vollständig einzahlt. Bei der Einmanngesellschaft fällt die Einstandspflicht des einen Gesellschafters für den andern fort. „Dieser Punkt müßte für die Ablehnung der Einmann-Gesellschaft aus dem Sinne des Gesetzes entscheidend sein."

Aber dies ist m. E. eine Betonung nicht so sehr der Personalseite, sondern gerade der Kapitalseite der GmbH. Das Gesellschaftskapital soll nach Möglichkeit ungeschmälert eingezahlt werden. Außerdem bleibt doch die Haftung desjenigen, der einen nicht vollbezahlten Anteil veräußert, auch dann, wenn die Gesellschaft diesen entgegen der Vorschrift des § 33,2 GmbHGes. selbst erwirbt, nach §§ 21,3 und 22,1 bestehen. Gerade

---

[101]) Ackermann in Ztrbl. f. Handelsrecht 1926, 195; Hachenburg in Festschr. f. Cohn, S. 11: „Bei einer gemeinnützigen GmbH. kann es keinen Unterschied machen, ob die Geschäftsanteile in den Händen der Gesellschafter bleiben oder der GmbH. gehören; der Zweck bleibt der gleiche." Krüger-Crecelius, §15, Anm. 1 S. 143: „Den Untergang der Gesellschaft hat dies schon deswegen nicht zur Folge, da deren Vertretung durch Veräußerung des Geschäftsanteils neue Gesellschafter schaffen könnte."

[102]) S. 66. Unger führt ein Beispiel an, in dem die GmbH. eine fiduziarische Stellung einnimmt.

[103]) S. 42.

[104]) Z. B. sind die Nebenleistungspflichten bei der AG. fest umgrenzt (§ 212 HGB.); die GmbH. kann sie vermehren oder vermindern, wie sie will.

[105]) § 46, 45,2; herrschende Lehre, vgl. Scholz Anm. II zu § 46.

[106]) S. 427.

diese Vorschrift zeigt, daß die Haftung kein Ausfluß der gesellschaftlichen Organisation ist, sondern eine Gläubigerschutzvorschrift, die sich auf den kapitalistischen Aufbau der Gesellschaft bezieht.

Die GmbH. ist diejenige Korporation, bei der die personale Seite am schwächsten ausgeprägt ist. Die Verschiebung der Machtverhältnisse der Gesellschaftsorgane von der Gesellschafterversammlung auf den Geschäftsführer ist bei der GmbH. vom Gesetz sehr leicht gemacht. Weiter hat der Geschäftsführer eine viel freiere Stellung als der Vorstand der Aktiengesellschaft. So fehlt die Notwendigkeit, den Geschäftsführer zu überwachen; die Geltendmachung von Ersatzansprüchen kann durch das Statut[107]) anderen Organen übertragen werden. Aus keiner Vorschrift des GmbH.-Rechts folgt, daß die Gesellschafter überhaupt Rechte zu haben brauchen. Deshalb ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen, daß die GmbH., die selbst alle ihre Geschäftsanteile besitzt, unzulässig sei.

Die Stellung, die die einzelnen Theorien über die juristische Person zu unserer Frage einnehmen, soll unten dargelegt werden.

E. Das Stimmrecht des eigenen GmbH.-Anteils.

Im folgenden soll das Stimmrecht des eigenen GmbH.-Anteils zunächst ohne Rücksicht darauf untersucht werden, ob die Gesellschaft selbst alle Anteile besitzt oder ob noch andere Gesellschafter vorhanden sind.

Bei der Aktiengesellschaft ruht das Stimmrecht der eigenen Aktien kraft der positiven Gesetzesvorschrift des § 226 Abs. 5. Bei der GmbH. nimmt die herrschende Lehre[108]) ebenfalls das Ruhen des Stimmrechts an. Auch das Reichsgericht[109]) teilt diesen Standpunkt. Auf die Gründe soll später eingegangen werden. Vorweg ist einmal festzustellen, daß das Stimmrecht nicht unbedingt notwendig ist. Eine in dieser Beziehung interessante Rechtsfigur ist die Einmann-Gesellschaft bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien, die nach der herrschenden Lehre sogar in der Weise zulässig ist, daß der persönlich haftende Gesellschafter alle Aktien erwirbt[110]). Eine Genehmigung der Bilanz kann nicht erfolgen, da der persönlich haftende Gesellschafter mit seinen eigenen Aktien nach § 327,1 HGB. kein Stimmrecht hat. Durch Veräußerung der Aktien kann das Hindernis wieder beseitigt werden.

Runkel-Langsdorff[111]) leitet das Stimmrecht des eigenen Anteils daraus ab, daß er die Kategorie des „Rechts gegen sich selbst" aufstellt. Die Fälle des BGB., in denen man (z. B. bei der Eigentümerhypothek) an ein solches Recht denken könnte, sind aber nicht Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens, sondern Ausnahmen, die nicht verallgemeinert werden dürfen.

An sich spricht eine Vermutung für das Stimmrecht des eigenen GmbH.-Anteils, weil er es von Haus aus hat und eine Ausnahmebestim-

---

[107]) § 46 Nr. 8 und § 45,2.

[108]) Brodmann, GmbHGes. Anm. 2 zu § 33; Schreiber § 26 Anm. 2; Becker S. 843; Feine S. 420; Neukamp-Becker Anm. 3 zu § 33; Crüger-Crecelius Anm. 1 zu § 33; Lehmann in Z. f. H. R. 61, 506.

[109]) RG. 103/64.

[110]) Staub-Pinner § 330, Anm. 24: „Die korporative Gestaltung ist da; nur ihre Ausübung ruht." Behrend § 147 Anm. 1a.

[111]) Diss. vgl. dazu Lehmann in Z. f. H. R. 59, 631.

mung sich im Gesetz nicht findet[112]). Nach Analogie der Aktiengesellschaft kann man bei der GmbH. nicht verfahren und etwa aus der neuen Fassung des § 226 Abs. 5 HGB. auch bei der GmbH. auf das Ruhen des Stimmrechts schließen. Eine Analogie ist schon deshalb nicht möglich, weil die Voraussetzungen des Erwerbs des eigenen Anteils bei der Aktiengesellschaft ganz andere sind und weil diese Regelung nur ein Teil einer ganz eingehenden Spezialregelung für die Aktiengesellschaft ist. Man könnte aus dieser Bestimmung ebensogut ein argumentum e contrario zugunsten der GmbH. ziehen.

Bei dem Erwerb eigener Anteile durch die GmbH. geht die Mitgliedschaft unter. Der eigene Anteil der GmbH. kann also nicht ein gleiches Stimmrecht haben wie der Anteil eines Mitgliedes. Es ist dabei zu prüfen, ob die Gesellschaft eine dem Stimmrecht des Mitgliedes ähnliche Befugnis hat und welches der Inhalt dieser Befugnis ist.

Gegen das Stimmrecht des eigenen GmbH.-Anteils macht man geltend[113]), daß „der Wille des Gesellschafters unmöglich mitbestimmend sein kann bei Beschlüssen, die gerade erst ergeben sollen, was die Gesellschaft will." Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Gesellschaft ohne Beschluß überhaupt nicht wisse, was sie will. Dies trifft jedoch nicht zu. Zunächst einmal ist der Wille der Gesellschaft in großen Umrissen schon durch das Statut festgelegt. Ferner wirkt alles das, was die Gesellschaft einmal gewollt hat, so lange fort, bis ein Gegenbeschluß gefaßt wird. Ein Wille ist also schon vorhanden, und ein Versammlungsbeschluß bildet ihn nicht neu, sondern regelt meistens nur seine Durchführung oder biegt ihn ab. Die Gesellschaft weiß also schon, was sie will. Es fragt sich bei der Abstimmung nur, ob sie diesen ihren Willen ändern oder modifizieren will. Bei dem eigenen Geschäftsanteil der Gesellschaft ist kein Gesellschafter da, der diesem Teilwillen eine neue Richtung geben kann. Dieser Anteil muß also, da er ein Teil der Gesellschaft ist, den bisherigen Zustand und die bisherige Handlungsweise weiter wollen. Daraus folgt, welchen Inhalt die der Gesellschaft zustehende Befugnis hat, d, h. wie der eigene Geschäftsanteil zu vertreten ist. Der Geschäftsführer hat ihn nach pflichtmäßigem Ermessen zum Besten der Gesellschaft zu vertreten. Er hat also stets so zu stimmen, daß das, was die Gesellschaft unternimmt, zum Besten der Gesellschaft weitergeführt werden kann. Der eigene Anteil bildet so gleichzeitig ein Gegengewicht gegen selbstsüchtige Bestrebungen der Gesellschafter.

Dann ist das Stimmrecht aber auch kein Herrschaftsrecht der Gesellschaft gegen sich selbst mehr. Zunächst ist es kein freies Recht mehr, wie etwa das der Gesellschafter, sondern es ist ein treuhänderisch gebundenes Recht. Die Abstimmung ist im großen und ganzen schon durch den bisherigen Betrieb vorgezeichnet. Dann steht der Geschäftsführer, der ja an sich ein von der Gesellschaftsversammlung abhängiges Organ ist, auch nicht über der Mitgliederversammlung. Er beherrscht die Gesellschaft nicht, sondern er dient ihr zum geregelten Weiterbetrieb dee Geschäfte.

Dieses Recht aus eigenen Anteilen ist nicht mehr gegen die Gesellschaft gerichtet, sondern es ist gewissermaßen ein Teil des Inhalts der Gesellschaft geworden. Man kann es vielleicht mit der Satzung einer Stiftung vergleichen. Der Unterschied ist nur der, daß ein Stiftungsstatut ein starrer Wille ist, der nach § 87 BGB. nur durch staatliche Anordnung

---

[112]) Staub-Hachenburg § 33, Anm. 16, erkennt das Stimmrecht des eigenen Geschäftsanteils an. Auch Rehm, Bilanzen, S. 469 Nr. 5.

[113]) RG. 103/64; Brodmann § 33 Anm. 2.

in Ausnahmefällen geändert werden kann; das Stimmrecht dagegen ist eine sich den jeweiligen Verhältnissen anpassende, stets wandelbare Norm. Der Geschäftsführer handelt bis zu einem gewissen Grade nicht nur als Ausführer des Willens, sondern er bildet ihn selbst — allerdings nur im Rahmen seiner Treuhänderstellung.

An die Zustimmung der Mehrheit kann man den Geschäftsführer nicht binden, da sonst die einfache Mehrheit zur qualifizierten Mehrheit würde. Die Bindung des Geschäftsführers an die Mehrheit oder seine vollkommen freie Stellung sind für das Reichsgericht[114]) die beiden einzigen Möglichkeiten, um dem eigenen Anteile Stimmrecht zu geben.

Gegen das Stimmrecht wird weiter eingewandt, solchenfalls mache die Gesellschaft den Geschäftsführer zu ihrem Vogt[115]). Das ist allerdings richtig, wenn man, wie Staub-Hachenburg[116]) es tut, den Geschäftsführer so stimmen läßt, als hätte er eigene Anteile, denn dann ist kein Schutz gegen selbsttüchtige Interessen des Geschäftsführers gegeben. Der Geschäftsführer soll ja aber im Gegensatz dazu der Treuhänder des Unternehmens der GmbH. sein. Verletzt er seine Pflicht, so ist der Beschluß durch die übrigen Gesellschafter anfechtbar[117]). Es sei auf eine Parallele aus dem Gewerkschaftsrecht hingewiesen: Ein Beschluß der Gewerken kann mit der Begründung angefochten werden, daß er nicht zum Besten der Gewerkschaft gereiche.

Der Geschäftsführer kann dann auch, wenn die GmbH. die Mehrheit der Geschäftsanteile besitzt, seine Abberufung verhindern, aber natürlich nur im Rahmen seiner Treuhänderstellung. Das ist kein Schaden für die Gesellschafter; es hat im Gegenteil den Vorzug, daß die Kontinuität des Unternehmens gewahrt bleibt. Auch reicht der Einfluß der einzelnen Gesellschafter nur soweit, als dies ihrer Beteiligung am Stammkapital entspricht.

Daß dies gegen § 31 GmbHGes. verstößt, der bestimmt, daß die Bestellung des Geschäftsführers jederzeit widerruflich ist, wird man nicht sagen dürfen. Denn wenn die Majorität des Stammkapitals in der Hand eines Dritten liegt, dann kann doch dieser das Widerrufsrecht ausüben, wie er will, und er kann es auch gänzlich ruhen lassen und das selbst dann, wenn der von ihm gestützte Geschäftsführer schlecht wirtschaftet. Hier hat aber jeder Gesellschafter das Anfechtungsrecht, wenn der Geschäftsführer, der mit eigenen Anteilen stimmt, seine Pflicht verletzt.

Das Stimmrecht der Gesellschaft wird oft mit der Behauptung begründet, daß andernfalls die Gesellschaft, die selbst die Majorität hat, von der Minorität geleitet wird. Dieses Argument bedarf genauerer Prüfung. Die Majorität, die dieser Minorität gegenübersteht, ist nicht etwa ein rechtliches Nichts, sondern sie ist gewissermaßen als objektivierter Wille zu denken, der den Zustand weiterzuführen beabsichtigt, der bisher bestand. Dies ist ein eigenes Interesse derjenigen, die der Gesellschaft ihre Anteile — wenn möglich noch unentgeltlich — übertragen haben und damit ein Interesse der Gesellschaft selbst im Gegensatz zu ihren Ge-

---

[114]) RG. 103/66.

[115]) Ebenda.

[116]) Anm. 16 zu § 33.

[117]) Wenn der Treuhänder unter Verletzung seiner Pflicht abstimmt, so ist seine Stimmabgabe wegen Verstoßes gegen § 138 BGB. nichtig. Beruht Beschluß auf dieser Stimmabgabe, so ist er auch nichtig (vgl. Scholz, §45, IV, 2a). Die übrigen Gesellschafter können also die Anfechtungsklage erheben oder auf Feststellung der Nichtigkeit klagen.

sellschaftern. Die Minderheit hat, da die GmbH. auf der Kapitalbasis aufgebaut ist, auch nur das Recht, einen ihrem Kapital entsprechenden Einfluß auszuüben.

Dagegen macht Ruth[118]) geltend, daß die Gesellschaft dem Ausgeschiedenen ja den vollen Wert seiner Einlage zurückgezahlt habe. Dies kann natürlich nur für den Fall gelten, daß die Anteile der „Stiftungs-GmbH. nicht unentgeltlich überlassen werden. Aber selbst wenn die ausgeschiedenen Mitglieder ein Entgelt erhalten, so ist das doch nicht der volle ihnen gebührende Gegenwert. Denn die Mittel zum Ankauf darf die Gesellschaft nur aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen entnehmen. Nun kommt aber eine Leitung der Gesellschaft durch die Minderheit erst dann in Frage, wenn die GmbH. selbst die Mehrheit der eigenen Geschäftsanteile besitzt. Wenn dann aber der das Stammkapital übersteigende Gewinn so weit gereicht hat, daß die Gesellschaft über die Hälfte aller Anteile erwerben konnte, so steht nach dem Erwerb der Minderheit ein Stammkapital gegenüber, das den Nominalwert der Anteile um 100 Prozent übersteigt; denn es sind nur noch 50 Prozent der Anteile in den Händen der Mitglieder, und doch bleibt das Stammkapital in voller Höhe erhalten. Der Gewinn, aus dem die GmbH. die eigenen Anteile erworben hat, ist aber — und das ist festzuhalten — dadurch entstanden, daß die ursprüngliche Mehrheit durch ihre Einlagen mitgewirkt hat. Warum sollte die Minderheit jetzt die Früchte der Mehrheit genießen, und warum soll jetzt im Ergebnis jeder Anteil, der nicht der Gesellschaft gehört, einen Stammkapitalbetrag beherrschen, der doppelt so hoch ist, als das, was das Mitglied eingezahlt hat. Hat die Gesellschaft alle ihre Anteile erworben, so ist sie im Normalfall nicht finanziell geschwächt; das wäre sie nur dann, wenn sie von ihrem einzigen Gesellschafter den letzten Anteil kauft (Beispiel von Ruth[119]): „Der Anteil des letzten Mitglieds muß beim Erwerb so teuer kommen, daß der Erwerb fast das gesamte Gesellschaftsvermögen verschlingt."). Aber bei der „Stiftungs"-GmbH. liegt doch im Regelfall eine Schenkung vor. Und bei einem Ankauf kann sich der Geschäftsführer nicht einfach über die Bestimmung hinwegsetzen, daß das Stammkapital erhalten bleiben soll. Außerdem ist der Wert des letzten der Gesellschaft nicht gehörigen Anteils nicht viel größer als der Wert der übrigen Anteile, wenn die Gesellschaft selbst ein dem Stimmrecht ähnliches Recht für ihre eigenen Anteile hat, wenn also dem letzten Gesellschafter nicht das alleinige Weisungsrecht zusteht. Gibt man der Gesellschaft kein Recht, so würde sich als weitere Folge ergeben, daß ein Gesellschafter, der nur einen Anteil hat, während alle übrigen der Gesellschaft gehören, die Gesellschaft genau so leiten könnte, wie ein Gesellschafter, der selbst alle Anteile besitzt. Der Unterschied wäre nur der, daß der Gesellschafter, der nur einen Anteil hat, anormale Änderungen, für die eine qualifizierte Mehrheit bei der Abstimmung nötig ist, nicht durchführen könnte. Und auch dieser Unterschied fällt dann fort, wenn man das Stimmrecht der anderen Anteile dem Eigner des letzten Anteils anwachsen läßt.

Wenn die GmbH., der das Reichsgericht ja das Stimmrecht versagt, die Anteile Strohmännern überträgt, dann ist gewiß ein Strohmann als Fiduziar rechtlich unzulässig, da ihm nur die Legitimation zum Stimmen übertragen wird. Denn der Zessionar kann nicht mehr Rechte haben als der Übertragende selbst; ein Mitgliedschaftsverhältnis wird nicht be-

[118]) S. 7.
[119]) S. 10.

gründet; aber bei der Schwierigkeit des Beweises ist doch eine Umgehung so tatsächlich möglich. Es geht aber nicht an, die Gesellschaft, die mittels einer kleinen Schiebung Strohmänner in der Gesellschafterversammlung stimmen läßt, tatsächlich besser zu stellen als die Gesellschaft, die öffentlich dokumentiert, daß ihre eigenen Anteile auch als solche stimmen.

Sind mehrere Geschäftsführer da, die sich nicht einigen können, wie das Stimmrecht auszuüben sei, so ist eine Stimmabgabe unmöglich[120]); denn eine wirksame Stimmabgabe ist als Gesamtakt nur möglich, wenn alle Geschäftsführer übereinstimmen. Beim Erwerb aller Geschäftsanteile kommt noch hinzu, daß der Gegensatz zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft fortfällt. Das Gesetz gibt den Gesellschaftern Rechte gegen die Gesellschaft, es stellt also Gesellschafter und Gesellschaft in Gegensatz. Bei dem Erwerb aller Geschäftsanteile fällt dieser Gegensatz weg. Die Gesellschafterversammlung steht ja an sich über dem Geschäftsführer; je mehr aber ihre Befugnisse schwinden, desto mehr muß der Geschäftsführer zum Willensorgan werden. Wenn keine Gesellschafter mehr da sind, muß der Geschäftsführer auch Satzungsänderungen vornehmen können[121]).

Auch dient es gerade hier dem Gläubigerschutz, wenn ein normaler Fortbetrieb gewährleistet ist. Denn wenn die GmbH. durch Erwerb aller Anteile erlöschen würde, so würden die Gläubiger durch die Liquidation, die fast stets eine Wertminderung darstellt, geschädigt wreden. Der Geschäftsführer, der die Gläubiger schädigen will, brauchte dann nur alle Anteile aufzukaufen, um seinen Zweck zu erreichen; denn die Gültigkeit des Erwerbs wird durch einen Verstoß gegen § 33, 2 GmbH. nicht berührt.

Faßt man dagegen den Geschäftsführer nicht als Treuhänder auf, so wäre er beim Erwerb aller Anteile in der Lage, „ohne jede Kontrolle verantwortungslos mit fremdem Kapital zu wirtschaften[122]).

Hat die GmbH. selbst alle Anteile erworben, so kann natürlich niemand den Beschluß des Geschäftsführers anfechten. Wenn dann der Geschäftsführer einen Beschluß faßt, der mit seiner Treuhänderstellung unvereinbar ist, so ist zu prüfen, ob der Beschluß nichtig ist und wer die Nichtigkeit geltend machen kann.

Die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten reicht in diesem Falle viel weiter als in dem Normalfalle, wo Gesellschafter abstimmen. Denn die Gesellschafter haben doch bei ihrer Abstimmung ein berechtigtes eigenes Interesse, welches bei der Beurteilung, ob ein Beschluß sittenwidrig ist, berücksichtigt werden muß. Hier aber darf der Geschäftsführer kein eigenes Interesse geltend machen, da ihm über das von ihm verwaltete Vermögen keine Verfügungsmacht im eigenen Interesse zusteht. Dann tritt aber die Absicht, die Gesellschaft zu schädigen, viel stärker hervor, weil ja das entgegenstehende Interesse wegfällt.

Damit aber diese Nichtigkeit den Geschäftsführer wirklich beschränkt, so muß auch jemand da sein, der sie geltend machen kann. Ist ein bestimmter Bezugsberechtigter da (z. B. der Reinertrag soll einem Dritten zufließen), so wird dieser aus § 826 BGB. vorgehen können. Ist dagegen kein Bezugsberechtigter genannt, so ist die Lage schwieriger. Sind die Anteile der GmbH. geschenkt, so kann der Schenker nach § 525, 1 BGB. die Vollziehung der Auflage vom Geschäftsführer verlangen. Der GmbH.

---

[120]) Staub-Hachenburg Anm. 16 zu § 33.
[121]) Crüger-Crecelius § 15 Anm. 1, S. 143.
[122]) Ruth S. 10.

ist nicht etwa das Vermögen geschenkt; das besaß sie vielmehr schon früher. Die Vermögensverminderung auf Seite des Schenkers besteht nur in der Aufgabe der Mitgliedschaft. Die Vermögensvermehrung der GmbH. besteht darin, daß sie jetzt mit ihrem eigenen Vermögen im Rahmen des Zweckes frei schalten kann. Die Bereicherung der GmbH., die zur Annahme einer Schenkung notwendig ist, fällt nicht etwa deshalb weg, weil die GmbH. dies Vermögen wieder zu Stiftungszwecken verwenden soll[123]). Nach dem Tode des Schenkers kann die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen[124]).

Wie gestaltet sich nun aber die Lage, wenn kein bezugsberechtigter Dritter vorhanden ist, und der Geschäftsführer die Anteile im Namen der Gesellschaft entgeltlich erworben hat? Wenn er den Anteil unter dem regelmäßigen Wert erwirbt und der letzte Anteilseigner dies weiß, dann liegt eine gemischte Schenkung vor, die die analoge Behandlung zum vorigen Fall rechtfertigt. Denn dann weiß der Eigentümer des letzten Anteils, daß er der einzige Gesellschafter ist und daß ihm bei einer Liquidation das ganze Vermögen zusteht. Wenn der Geschäftsführer jedoch — und dies ist m. E. der einzige Fall einer „Stiftungs"-GmbH., der Mißbilligung verdient — die Eigentümer der letzten Anteile gar nicht darüber aufklärt, welchen Wert diese Anteile haben, dann liegt ein nach § 263 strafbarer Betrug vor: es ist dabei gleichgültig, daß der Vermögensvorteil einem Dritten (der GmbH.) verschafft wird. Dann haben aber die Eigentümer der letzten Anteile gegen den Geschäftsführer Ansprüche aus § 823, 2 und § 826 BGB., die auf Schadenersatz gehen, und zwar nach § 249 BGB. auf Naturalrestitution, d. h. der Geschäftsführer muß die Anteile zurückübertragen. Dann ist aber in jedem Falle Vorsorge dagegen getroffen, daß ein ungetreuer Geschäftsführer mit fremdem Kapital ohne Kontrolle wirtschaftet.

F. Stiftungszweck, aber keine Stiftungsform.

Die Gesellschaft, die sämtliche Geschäftsanteile besitzt, bleibt GmbH.

Zunächst wird sie nicht zum Einzelkaufmann. Für die gewöhnliche Einmann-Gesellschaft wird dieser Standpunkt oft vertreten. Jedoch ist ein Einzelkaufmann nur als physische Person denkbar.

Auch wird diese Rechtsfigur nicht zur Stiftung[125]). Der Unterschied zwischen Körperschaft und Stiftung besteht darin, daß die Organe der Körperschaft diese beherrschen, die Organe der Stiftung dagegen nur einen gleichsam versteinerten Willen ausführen und diesem Willen nur dienen[126]).

Die GmbH. bestimmt aber selbst dann, wenn sie ihre sämtlichen Anteile besitzt, ihr Leben selbst. Sie kann es von sich aus beendigen; sie hat keinen ein für allemal festgesetzten Zweck; sie kann ihn ändern,

---

[123]) Staudinger § 516, I 1 g; RG. 71/141.

[124]) § 525, 2; vgl. auch § 2194 BGB.

[125]) So Brodmann, der aber die GmbH. erlöschen lassen will und nur ihre Umformung in eine Stiftung mit staatlicher Genehmigung zuläßt: „Die staatliche Genehmigung für den Erwerb des letzten Anteils wird nur dann erteilt werden, wenn eine der Stiftung entsprechende Organisation vorgesehen ist."

[126]) Vgl. Cosack, Lehrb. I § 42, II, 2.

während bei der Stiftung nur die Widmung von Vermögen für einen festbestimmten Zweck möglich ist[127]). Der Wille der GmbH. ist also nicht versteinert, sondern nur im Rahmen der Treuhänderstellung des Geschäftsführers gebunden und in diesem Rahmen auch abänderlich. Insoweit hat der Geschäftsführer auch nicht nur eine dienende Stellung, sondern eine herrschende.

Der Gründer einer solchen GmbH. ist von der in § 80 BGB. vorgesehenen Genehmigung und von der Staataufsicht befreit. Eine unzulässige Umgehung der Vorschriften über die Stiftung liegt nicht vor[128]). Das Kammergericht[129]) entscheidet für die Zeit vor 1919 zwar, daß eine GmbH., die religiöse Zwecke verfolgt, nichtig sei. Dies folgt aber nicht aus der Umgehung der Stiftungsform, sondern aus Art. 13 der früheren Verfassung, nach der Religionsgesellschaften, die keine Korporationsrechte haben, diese nur durch besondere Gesetze erlangen können.

Daß gemeinnützige Aufgaben auch in Form einer GmbH. werden können, ist allgemeine Ansicht, sie wird sogar steuerlich begünstigt[130]).

Die §§ 80 ff. BGB. stellen dem Publikum nur einen Weg zur Verfügung, bestimmen aber nicht, daß derselbe Zweck nicht auch mit anderen gesetzlich zugelassenen Rechtsformen erreicht werden kann. Der unabänderliche Zweck und das selbständige, dem Einfluß des Stiftungsvorstandes entzogene Vermögen, die das Wesen der Stiftung ausmachen[131]), sind bei der GmbH., die alle Anteile besitzt, nicht gegeben. Die Voraussetzungen der Entstehung sind andere, insbesondere ist bei der GmbH. zur Entstehung die Zusammenbringung eines Vermögens unbedingt notwendig, bei der Stiftung ist dies zunächst nicht erforderlich[132]). Deshalb kann man die „Stiftungs"-GmbH. auch nicht analog der BGB.-Stiftung behandeln; insbesondere ist eine behördliche Zweckänderung unzulässig. Mit der Veräußerung der Anteile[133]) tritt das korporative Element wieder voll hervor.

G. Die Abkehr von der Mitgliederherrschaft als Strukturwandlung der Kapitalkörperschaft

Das Schwergewicht des gesellschaftlichen Lebens verschiebt sich immer mehr von den Gesellschaftern auf die Verwaltung. Bei den größten Unternehmungen beobachtet man diese Entwicklung. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen.

Haußmann[134]) bringt das Beispiel einer im Privatbesitze befindlichen Institution, nämlich der Bank von England: „Man könnte beinahe sagen, daß der Gouverneur der Bank von England bei seinen geschäftlichen Entscheidungen an keine Menschengruppe im ganzen Königreich weniger

---

[127]) Deshalb ist der Ausdruck „Stiftungs"-GmbH. ungenau.

[128]) Hachenburg in Festschr. f. Cohn u. Kommentar § 1 A. 6.

[129]) KG. in OLG. 11, 383 und 12, 408.

[130]) Z. B. geringere Stempelkosten, vgl. Pr. Stempelges. von 1909 Pos. 25, Abs. 4.

[131]) Mot. 1 S. 79.

[132]) RGRKomm. S. 84; Oertmann S. 224; Staudinger S. 305; jedoch bestritten: ab. A. Zitelmann I, 71; Binde: S. 126.

[133]) Diese darf der Geschäftsführer, wie die herrschende Lehre annimmt, selbständig vornehmen; vgl. aber Feine S. 425.

[134]) S. 30.

denkt als an seine Aktionäre. Ihre Rechte, die über die Entgegennahme einer angemessenen Dividende hinausgehen, sind fast gleich Null. Das gleiche gilt bereits in gewissem Maße für viele andere große Unternehmungen. Die Aktiengesellschaft beginnt mit der Zeit, sich selbst zu sozialisieren."

Rathenau[135]) wirft die Frage auf, ob die Aktionäre der Deutschen Bank (die jetzt noch mit der Diskonto-Gesellschaft verschmolzen ist) beschließen könnten, das Unternehmen zu liquidieren. Er meint, der Staat müsse in einem solchen Falle eingreifen. Haußmann bemerkt dazu: „Die innere wirtschaftliche Vernunft der Aktionäre würde ein Unternehmen von einer solchen Bedeutung niemals zu liquidieren erfolgreich den Versuch machen können."

Wenn bei einem großen Unternehmen die Aussicht auf die Realisierung der stillen Reserven pekunär höher zu bewerten ist, als die kapitalisierte voraussichtliche Dividende, warum sollten die Aktionäre es nicht doch tun? Daß die Aktionäre sich immer von der Staatsraison leiten lassen, wenn sie ihr Geld anderswo nutzbringender anlegen können, ist doch sehr zweifelhaft. Wenn aber der Staat, wie das ja bei drohendem Zusammenbruch großer Unternehmen schon üblich ist, einspringt, wo bleibt dann das Vollrecht der Aktionäre? Wenn der Staat an einen Betrieb Subventionen zahlt, so tut er das doch nur im Interesse der bei dem Unternehmen tätigen Arbeiter und im Interesse der Allgemeinheit (Danat-Bank!), nicht im Interesse der Aktionäre. Je mehr aber in eine Gesellschaft die Interessen der Allgemeinheit hineingetragen werden, desto mehr müssen die Interessen der Gesellschafter zurücktreten. Der Staatseinfluß auf die Gesellschaften wächst ständig; man denke an die Entsendung der Betriebsratsmitglieder in den Aufsichtsrat oder an das Institut der Bilanzprüfung.

Eine andere Beschränkung der Mitgliederrechte bringt der Betriebsüberlassungsvertrag mit sich. Die gesellschaftlichen Rechte der Mitglieder sind, wie wir oben gesehen haben, weggefallen.

Aber nicht nur beim Betriebsüberlassungsvertrag ist dies so: Bei großen Unternehmungen schieben sich die Mitgliederrechte langsam von den Gesellschaftern auf die Gesellschaft. Das Stimmrecht liegt praktisch schon oft allein in den Händen der Verwaltung. „Die Aktionäre sind immer mehr zu Destinetären einer privatrechtlichen Anstalt herabgedrückt worden, während ihr Stimmrecht mehr einer Rechtsfiktion ähnelt[136])." Ob es daher richtig ist, von den Aktionären als von Persönlichkeiten zu sprechen, die die Aktiengesellschaft bilden[137]), möchte ich dahingestellt sein lassen.

Ein Recht der Aktionäre nach dem anderen bröckelt ab. Vielleicht kann man hier eine Parallele zu der „Stiftungs"-GmbH. ziehen, wo alle Mitgliederrechte nicht nur de facto, sondern auch de iure auf die Gesellschaft übergegangen sind.

---

[135]) Rathenau, W.: Vom Aktienwesen (1917).
[136]) Haff in RO.-Praxis 2, 190.
[137]) RG. 103/66.

§ 5. Die Stellung der einzelnen Theorien über die juristische Person zu unserem Problem.

A. Die Fiktionstheorie.
(Theorie der subjektlosen Rechte)

Das subjektive Recht ist Willensmacht. Da nur der Mensch einen natürlichen Willen hat, so ist auch nur der Mensch Träger von Rechten. Die juristische Person ist in Wirklichkeit kein Rechtssubjekt, man fingiert es nur, es hat nur eine „ideelle Existenz“[138]).

Wenn man die juristische Person als bloße Denkfigur[139]) auffaßt, und wenn ferner die Gesellschaften rein willkürliche Gebilde sind und nicht etwa eine notwendige Realität und damit auch ein notwendiges Eigenleben, wie z. B. Städte und Dörfer[140]) haben, dann ist eine Selbständigkeit der juristischen Person nicht notwendig, ihre Mitglieder brauchen keine Rechte zu haben, ja sie können auch ganz fehlen[141]). Trotzdem verwandelt sich die Korporation nicht in eine Stiftung, weil sich die Mitglieder wieder einstellen können.

B. Randas Versuch, die juristische Person ohne Annahme eines Rechtssubjektes zu erklären.

Die Fiktion der Fiktionstheorie geht zu weit. Denn wenn man ein Subjekt fingiert, dann wird der Satz, daß nur der Mensch Subjekt sein kann, umgestoßen. Das Vermögen ist nicht als Subjekt zu fingieren, sondern nur tatsächlich so zu behandeln, als hätte es ein Subjekt[142]). Das Zweckvermögen ist das Wesentliche. Ein Aussterben der Personen ist ohne Einfluß, wenn der Zweck möglich bleibt[143]). Korporation und Stiftung unterscheiden sich nur durch den Zweck. Von dieser Theorie gilt dasselbe wie von der Fiktionstheorie.

C. Die Zweckvermögenstheorie.

Diese Theorie bricht überhaupt mit dem Wesen des subjektiven Rechts. Für sie ist das Vermögen ausschlaggebend. „Es gehört nicht ad

---

[138]) Puchta, Pandekten S. 37; weitere Vertreter: Savigni, System Bd. 2 S. 236; Windscheid, Leonhard.

[139]) Fischer, Arch. f. Ziv.-Prax. 177, 143.-

[140]) Savignij S. 242.

[141]) Windscheid-Kipp, Pandekten I S. 58: „Die Personenmehrheit kann auch eine sukzessive sein, d. h. dem jeweiligen Träger eines Amtes zukommen; trotzdem bleibt sie Korporation.“

[142]) Randa, Arch. d. Wechs. u. Hand. R. 15, S. 337 ff.

[143]) Böhlau S. 40.

aliquem, sondern seine Wesenheit ist durch ein pertinere ad aliud bedingt[144])." Ein Subjekt ist nicht vorhanden, die Rechte sind Zweckgebundenheiten, sie sind Rechte anderer Natur als die Rechte, die dem Einzelnen zustehen und als Willensmacht zu denken sind[145]).

Von dieser Theorie gilt für unsere Frage ähnliches wie von der Theorie der Personenrolle. Einen Unterschied zwischen Korporation und Stiftung gibt es nicht[146]). Der Stiftungscharakter wohnt jeder Korporation schon inne. Wenn die Mitglieder wegfallen, dann läßt sich das Fortbestehen nicht dadurch erklären, daß das Körperschaftsvermögen erst zum Stiftungsvermögen wird. Diese Eigenschaft hatte es vielmehr schon vorher[147]).

D. Die Auffassung der Korporation als einer Summe von zweckgebundenen Rechten, die natürlichen Personen zustehen.

Der Zweckvermögenstheorie nahe steht die von Rhode[148]) aufgestellte Theorie. Er will, statt den Menschen unter das Zweckvermögen unterzuordnen, den Menschen über das Zweckvermögen stellen[189]). Er schließt so: Der Mensch hat die Macht, Teile seines Vermögens für einen bestimmten Zweck zu binden. Es gibt verschiedene Stufen der Festigkeit solcher Bindungen: Privatvermögen — Geschäftsvermögen — Sondervermögen — offene Handelsgesellschaft — GmbH. — AG. — Stiftung. Der Unterschied zwischen Vereinigungen ohne Rechtspersönlichkeit und juristischen Personen fällt somit fort[150]). Die verschiedenen Rechtsformen sind nur losere oder festere Bindungen der Rechte an den Zweck. Stets aber stehen die Rechte noch den natürlichen Personen zu[151]). Das unterscheidet Rhodes Auffassung von der Zweckvermögenstheorie.

Die Stiftung ist der äußerste Pol, bis zu dem die Zweckgebundenheit des Vermögens gehen kann[152]). Aber auch bei ihr stehen die Rechte noch dem Stiftenden zu, wenn sie auch wirtschaftlich unverwertbar sind. Die Möglichkeit der freien Verfügung gehört ja nicht zum Begriff des subjektiven Rechtes[153]). Bei der Stiftung geht die Zweckbindung so weit, daß der Stifter sie niemals wieder wird lösen können.

Rhode ordnet die GmbH. nach dem Grade der Zweckbindung zwischen die offene Handelsgesellschaft und die AG. ein. Ich möchte dies nur für die normale Organisation einer GmbH. gelten lassen. Denn gerade die GmbH. läßt in der Organisatoinsfrage den meisten Spielraum. Oben[154]) haben wir gesehen, daß die Zweckbindung der Rechte gerade bei der GmbH. eine ähnliche Festigkeit haben kann wie bei der Stiftung.

---

[144]) Brinz, Pandekten 3, 453.

[145]) Schwarz geht noch weiter und erklärt auch das Recht der natürlichen Person nicht als Willensmacht, sondern als Gebundenheit. Vgl. dazu Rhode S. 46 f.

[146]) Vgl. Karlowa in Grünhuts Ztschr. 15, 395.

[147]) Schwarz, Arch. f. bürgerl. R. 32, 71.

[148]) Juristische Person und Treuhand Berlin 1932.

[149]) Vorwort S. V.

[150]) S. 131.

[151]) S. 130, vgl. auch S. 132.

[152]) S. 135, S. 139.

[153]) S. 154.

[154]) § 4 D dieser Arbeit.

Die GmbH., die selbst alle Anteile erworben hat, läßt sich in Rhodes Theorie nicht einordnen. Die GmbH. wird nicht zur Stiftung, da der Zweck abänderlich bleibt, was bei der Stiftung nicht der Fall ist.

E. Die Theorie der Destinatäre.

Weder die Korporation noch ihr Substrat haben Rechte. Die juristische Person ist nur ein Mechanismus, der selbst keine Rechte hat. Die Rechte stehen vielmehr den Destinatären zu. Man kann das subjektive Recht nicht als Willensmacht definieren; so kommt Ihering zum Begriff des subjektiven Rechts als rechtlich geschütztem Interesse[155]). Bei der Korporation ist die Gesamtheit der Mitglieder berechtigt; bei der Stiftung kommt das Recht den Destinatären zu.

Jedoch widerspricht dies dem tatsächlichen Zustand. Das Recht hat einen anderen Inhalt, als das, was der Destinatär erhält[156]). Ganz und gar nicht läßt sich die Iheringsche Ansicht für die Stiftungen nach dem BGB. halten: Die Genießer haben kein Recht am Stiftungsvermögen, z. B. sind sie nicht Eigentümer der Grundstücke[157]). Ob man Enneccerus zustimmen kann, wenn er sagt, die Zwecksetzung der juristischen Person verschwinde dadurch vollständig, ist doch zweifelhaft. Denn die Rechte sind zweckgebunden. Dies zeigt sich gerade dann, wenn alle Mitglieder wegfallen. Allerdings fällt das Subjekt fort, aber gerade dann tritt die Zweckgebundenheit der Rechte wieder hervor. Es bleiben die „passiven Wirkungen des Rechts, der Rechtszweck ohne Subjekt[158])". Die Person bleibt erhalten und wird nicht zur Stiftung, da man sich ja nicht die augenblicklichen Korporationsmitglieder, sondern „die Gesamtheit aller gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder"[159]) als Rechtssubjekt denken muß[160]).

F. Die Amtstheorie.

Hölder[161]) macht die Verwalter zu Inhabern des Rechts. Nur bei rein egoistischen Vereinen steht das Recht den Mitgliedern zu. Eine „Stiftungs"-GmbH. dürfte wohl als altruistischer Verein gelten, bei dem die Verfügungsberechtigten die Rechte als öffentlich-rechtliche Amtsrechte

---

[155]) Geist des römischen Rechts III, 1 S. 317 ff. §§ 60/61.

[156]) Binder, Problem der juristischen Person, S. 127: „Das Recht ist nur ein Mittel zur Genußverschaffung, nicht der Genuß selbst."

[157]) Enneccerus S. 232.

[158]) Ihering in Iherings Jahrb. 10, 436.

[159]) Meurer: Die juristischen Personen nach Reichsrecht.

[160]) Ihering in Iherings Jahrb. 10, 437: „Dem Staat in solchen Fällen das Recht zuzugestehen, das Vermögen der Korporation an sich zu ziehen, anstatt ihn an seine Pflicht zu mahnen, sich hier, wie überall, der Hilflosen, die ihr eigenes Recht nicht wahren können (und in dieser Lage befinden sich hier ja die künftigen Generationen) anzunehmen, ist kaum besser, als den Vormund zu ermächtigen, sich das Vermögen seines Mündels anzueignen. Es ist ein einfacher Raub."

[161]) Natürliche und juristische Personen S. 117 ff. und Binder, Problem der juristischen Person S. 62, S. 120.

ausüben. Die öffentlich-rechtliche Natur dieser Rechte soll sich darin äußern, daß der Verwalter eine Ausübungspflicht hat[162]).

Diese Lehre steht im Widerspruch mit §§ 1 und 164 BGB., da der Vormund und der Stellvertreter keine Rechtsinhaber sind.

Ein Erlöschen der juristischen Person bei Wegfall der Mitglieder ist nach dieser Lehre natürlich nicht zu folgern. Ein Unterschied zwischen Korporation und Stiftung besteht sachlich nicht. Es besteht nur ein Unterschied zwischen egoistischen Vereinen und nicht egoistischen juristischen Personen. Ob diese letzteren Mitglieder haben oder nicht, spielt keine Rolle.

G. Die Theorie der Verbandspersönlichkeit.

Die juristische Person ist eine wirkliche Person[163]). Sie ist neben dem Menschen Rechtssubjekt. Sie hat auch ihren eigenen Willen, der im Normalfall sich nicht mit dem Willen aller Gesellschafter deckt und von ihm verschieden ist. Die Persönlichkeit ist tatsächlich schon als Realität da, so daß die staatliche Anerkennung nur deklaratorisch wirken kann[164]); der Staat stellt lediglich fest, daß die Person da ist.

Gegen die Theorie wendet man ein, daß die juristische Person kein natürlicher Organismus ist, da die rechtliche Vorstellung nicht gleichen Wirklichkeitswert hat, wie die Außenwelt[165]). Deshalb meint auch Enneccerus[166]). Gierke verwechsle die bildliche Vorstellung mit der Sache selbst. Karlowa[167]) bezeichnet das selbständige Leben des Stiftungswillens als eine reine Fiktion. Auch berücksichtigt diese Theorie nicht, daß bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH. das persönliche Substrat hinter dem Kapital zurücktritt[168]).

Da die Theorie einen Organismus verlangt, so muß die juristische Person erlöschen, wenn der sie bildende Personenverband wegfällt. Schon die normale Einmanngesellschaft läßt sich in Gierkes Theorie nicht einordnen[169]). Denn wenn nur ein Aktionär da ist, dann ist der Verband erloschen. Wenn der letzte Aktionär dann noch wegfällt, so ändert dies nichts. Die Gesellschaft, die nur sich selbst als einziges Mitglied hat, ist ebenso wie die Einmanngesellschaft, als Verband nicht denkbar, da ein Gesamtwille nicht mehr vorhanden ist.

---

[162]) Hölder, S. 124.

[163]) Aufgestellt ist die Theorie von Beseler; außer Gierke wird sie hauptsächlich von Preuß, Zitelmann, Meurer, Regelsberger u. a. vertreten. Daß sie herrschend sei, läßt sich wohl angesichts der Tatsache, daß die Einmanngesellschaft allgemein für zulässig gehalten wird, nicht sagen.

[164]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 16.

[165]) Jellinek, System d. öffentl. R. (1892), S. 38.

[166]) § 96 Anm.

[167]) In Grünhuts Ztschr. 15, 398.

[168]) Ob tatsächlich ein Verbandwille vorliegt, wenn ein Aktionär 75 Prozent aller Aktien hat, sei dahingestellt.

[169]) v. Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 479; Genossenschaftstheorie S. 836. Deshalb findet Brodmann (GmbH.-Ges. § 2 Anm. 8 a) schon in der Einmanngesellschaft einen „logischen Widersinn". Lehmann-Ring will sie liquidieren (HGB. § 292 Nr. 6); ebenso Neukamp GmbH.-Ges. S. 271.

Interessant ist die Konstruktion von Feine[170], der die Einmanngesellschaft als Korporation in die Theorie der realen Verbandsperson eingliedern will. Da der Verband mindestens zwei Mitglieder haben muß, so fingiert er den einen Gesellschafter als Verband. Wer aber eine natürliche Person fingiert, der kann ohne weiteren Verstoß gegen allgemeine Regeln auch zwei Personen fingieren. Trotzdem wendet sich Feine gegen die GmbH., die nur sich selbst als als Mitglied hat, weil kein Beschluß mehr möglich sei[171]). Aber wenn man schon zur Fiktion greift, dann ist es gar nicht nötig, einen schon rudimendär vorhandenen Verbandswillen (den Willen des einzigen Gesellschafters) als fiktiven wahren Verbandswillen zu behandeln, sondern man kann auch den Willen des Geschäftsführers als Verbandswillen umdeuten. Soweit Feine aber die Einmanngesellschaft in Gierkes Theorie eingliedern will, tut er der Sache Gewalt an. Denn was da fingiert werden muß, ist nichts weniger als eine natürliche Person, die mit dem einzigen Gesellschafter zusammen einen Verband bilden soll. Die Fiktion Feines geht also zumindest so weit, wie die Fiktion, die die Fiktionstheorie aufstellt. Wenn wir nun einmal den Fall setzen, daß die Mitglieder der juristischen Person wieder juristische Personen sind, (im Konzernrecht kommt die Einmanngesellschaft auch in dieser Form vor), dann müßte Feine eine juristische Person fingieren, um eine andere dadurch zu erklären. Und wenn man eine natürliche Person fingiert, dann ist die Lage genau so, weil die Korporation im Sinne Gierkes ja selbst ein natürlicher Organismus ist. Diesem Charakter der Korporation widerspricht die Fiktion eines Mitgliederverbandes, da die juristische Person eben nur dann bestehen kann, wenn sie von sich aus tatsächlich lebensfähig ist.

Daß die Gesellschaft ohne einen Personenverband fortbestehen kann, erklärt die Gierkesche Theorie aus den in ihr enthaltenen anstaltlichen Elementen[172]). Je mehr Elemente außerhalb des eigenen Lebens der Gesellschaft vorhanden sind, insbesondere staatliche Bevormundung, desto eher kann sie fortbestehen; dann aber wird sie zur Stiftung. Besonders im Laufe der Nachkriegsentwicklung haben solche Anstaltselemente in der Korporation an Bedeutung gewonnen, wie wir ja bei der Betrachtung der Kapitalkörperschaften gesehen haben. Für die GmbH., die Stiftungszwecke verfolgt, kommt noch hinzu, daß das anstaltliche Element viel ausgeprägter ist als bei der gewöhnlichen Einmanngesellschaft, die den Zweck verfolgt, ihrem Gesellschafter möglichst viel Gewinn zu verschaffen (Einzelkaufmann mit beschränkter Haftpflicht!). Wenn aber der Personenverband weggefallen ist, dann ist die Gesellschaft nicht mehr eine Stiftung in Gestalt einer Korporation, sondern — da das tatsächliche Leben des Organismus entscheidend ist — eine normale Stiftung. Auf die sich daraus ergebende Frage, ob man für jede Einmanngesellschaft staatliche Genehmigung nach § 80 BGB. fordern muß, wenn man Gierkes Theorie bis ins Äußerste durchführt, möchte ich nur hinweisen.

Die „Stiftungs"-GmbH. kann aber wieder zur Korporation werden, wenn der Geschäftsführer die Anteile veräußert, wozu er ohne Mitwirkung der Mitgliederversammlung in der Lage ist[173]).

---

[170]) In Ehrenbergs Hdb. III, 3 S. 435.
[171]) S. 423.
[172]) Gierke in Iherings Jahrb. 35, 251.
[173]) RG. 104/413: Sogar gegen den Willen der Gesellschafter; a. A. Seemann, S. 50 ff. Begründet werden kann allerdings die Zulässigkeit

Ein anderes Ergebnis zeigt sich, wenn man die Modifikation der Gierkeschen Theorie durch Heusler und Regelsberger zugrunde legt. Heusler[171]) verlangt eigene Interessen, eigene Lebensbetätigung und hauptsächlich eigenen Willen als Merkmale der juristischen Person. Den eigenen Willen und damit die eigenen Interessen entnimmt Damköhler[175]) für die Einmanngesellschaft daraus, daß das Statut und das Gesetz, z. B. § 30 GmbH.-Gesetz, den Willen des Gesellschafters einschränke. Aber das Gesetz schränkt den Willen gar nicht ein, sondern schafft ihn erst und legt seinen Inhalt fest. Als Parallele mögen die Paragraphen 903 ff. BGB. dienen, die auch das Eigentum nicht beschränken (keine Legalservituten!), sondern erst seinen Inhalt bestimmen. Und das Statut ist bei der Einmanngesellschaft keine Grenze, denn der Gesellschafter kann es ja ändern. Wenn man dagegen den Geschäftsführer einer „Stiftungs"-GmbH. als Treuhänder der Anteile auffaßt, so hat er nicht seine Interessen wahrzunehmen; und sein Wille wird durch seine Stellung als Treuhänder in einer Weise eingeschränkt, die er nicht abändern kann. Dann aber hat die „Stiftungs"-GmbH. einen eigenen Willen im Gegensatz zur Einmanngesellschaft.

Die Korporation wird auch nicht zur Stiftung, da der Geschäftsführer, wenn die Interessen der Gesellschaft es verlangen, auch eine Satzungsänderung vornehmen muß, und die Körperschaft in soweit sich selbst regiert.

H. Die Zweckpersonifikationstheorie.

Enneccerus[176]) sieht überhaupt nichts als Rechtssubjekt an. Die Rechte der juristischen Person faßt er als Zweckgebundenheiten auf. Jedoch soll der Zweck nicht Subjekt sein[177]), sondern es soll nur eine analoge Behandlung der Organisation als Subjekt des Rechts erfolgen.

Von der Randas-Theorie dürfte sich die von Enneccerus aufgestellte Theorie nur dadurch unterscheiden, daß er die Personenrolle nicht der juristischen Person als solcher, sondern ihrem wesentlichen Bestandteil, der Organisation, zuweist.

Wenn aber die Organisation das Wesentliche ist und das persönliche Substrat in den Hintergrund tritt, so muß die juristische Person solange Bestand haben, als die Organisation dauert. Doch läßt Enneccerus nur die Einmanngesellschaft aus praktischen Gründen zu, nicht dagegen einen Verein ohne Mitglieder[178]). Ob eine Kapitalkörperschaft, in der ja die Mitgliederstellen noch erhalten sind, sich in diese Theorie einordnen läßt, möchte ich bejahen. Denn zur vollständigen Organisation genügt es, daß überhaupt ein Wille vorhanden ist: ein körperschaftlicher Wille ist nicht nötig. Der Wille des Geschäftsführers kann in der körperschaftlichen Organisation genau so fungieren, wie etwa der Wille des Gesellschafters bei der Einmanngesellschaft. Dann wird die Korporation aber auch nicht zur Stiftung, denn der Geschäftsführer ist Treuhänder der Anteile, die den fehlenden Mitgliederverband ersetzen, nicht dagegen Hüter eines fest-

---

einer „Stiftungs"-GmbH. nicht damit, daß die Anteile wieder veräußert werden können, worin Seemann (S. 57) durchaus beizustimmen ist.

[174]) Institutionen S. 283 ff.

[175]) Diss. S. 40.

[176]) S. 233.

[177]) Die Brinzsche Ansicht bezeichnet Enneccerus als „Vogelscheuche".

[178]) Enneccerus § 101 I, 3.

bestimmten Zweckes. Für die Stiftung ist wesentlich, daß der Personenverband auch nicht rudimentär bestehen bleibt[179]), denn entscheidend ist die Organisation.

I. Ergebnis.

Wir haben gesehen, daß eine Gesellschaft, die selbst alle ihre Anteile erworben hat, durchaus bestehen kann. Abgesehen von Gierkes Theorie wird sie auch nicht zur Stiftung. Da die Mitglieder aber ganz wegfallen können, so ist auch eine weitgehende Beschränkung ihrer Rechte durchaus mit dem Wesen der juristischen Person vereinbar. Es gibt keine Mitgliederrechte, die für das Bestehen der juristischen Person begriffsnotwendig sind.

Was nun die Beschränkung des Gesellschaftsorganismus selbst angeht, so bildet die übermäßige Schrumpfung dieses Organismus nur bei der Gierkechen Theorie[180]) einen Auflösungsgrund, aber das auch nur dann, wenn die Möglichkeit, die Organe neu zu bilden, ausgeschlossen ist.

Eine solche Beschränkung tritt jedoch gerade in dem Fall, den wir im folgenden weiter behandeln wollen, beim Betriebsüberlassungsvertrag einer Gesellschaft, nicht ein. Denn die Gesellschaft behält die für sie wesentlichen Organe, und auch sonst wird die Gesellschaft in Angelegenheiten des gesellschaftlichen Lebens nicht beschränkt. Eine Notwendigkeit, daß die Gesellschaft ihr Unternehmen selbst betreiben müsse, läßt sich aus keiner der Theorien herleiten.

§ 6. Der Gesellschafterbeschluß.

Meist ist der Betriebsüberlassungsvertrag nicht von der Gründung des Unternehmens an beabsichtigt. Daß eine Aktiengesellschaft oder eine Gesellschaft m. b. H. gegründet wird, deren Betrieb ein Dritter sofort übernehmen soll, kommt im Konzernrecht vor und ist für zulässig zu erachten. Denn eine Gesellschaft kann sogar altruistische Zwecke verfolgen, auch können im Gesellschaftsvertrag einem Dritten beliebige Vorzugsrechte eingeräumt werden[181]). Auch als Mantelgründung[182]) wäre eine solche Form nicht anzusehen. Eine Mantelgründung liegt nur dann vor, wenn die Gesellschaft zunächst nicht arbeiten soll, sondern erst später mittels Satzungsänderung ein völlig anderes Unternehmen betreiben soll. Bei einem sofortigen Betriebsüberlassungsvertrag entspricht die Bezeichnung des Gegenstandes des Unternehmens dagegen den Tatsachen, und ein

[179]) Vgl. Enneccerus § 110, I.

[180]) Genossenschaftstheorie S. 834.

[181]) Vgl. § 186 HGB., der Sondervorteile zuläßt, die nicht an die Aktien geknüpft zu sein brauchen.

[182]) Hierüber vgl. Staub-Pinner § 182 a. 39; Friedländer S. 127, Fuld in Zentralbl. f. HR. 1926, S. 206; KG. in JW. 1924, 1534 und 1925, S. 635 und bei Ring I, S. 200 f.

Scheingeschäft liegt nicht vor. Außerdem fällt die Haftung der Gründer für das tatsächlich betriebene Unternehmen nicht weg.

Auch im Liquidationsstadium dürfte eine Betriebsüberlassung zulässig sein. Zwar liegt im Auflösungsakt „der öffentliche Ausspruch, daß die Gesellschaft nicht länger im Verkehrsleben auftreten wolle“[183]). Aber das tut sie ja dann auch bis zu einem gewissen Grade nicht, da sie Rentnergesellschaft wird. Daß ein Generalversammlungbeschluß, der den Übergang des Betriebes auf einen Dritten bestimmt, den Rahmen der Liquidation überschreitet, möchte ich deshalb nicht annehmen, weil der Hauptzweck der Liquidation Befriedigung der Gläubiger und der Aktionäre ist, der durch Übergang des Betriebes auf einen Dritten gegen Rente oft besser erreicht werden kann als durch eine Verschleuderung, die die Liquidation mit sich bringen kann[184]).

In der Regel wird jedoch die Betriebsüberlassung sich nicht an die Gründung oder Beendigung des Unternehmens anschließen, sondern von einer bislang werbend betriebenen Gesellschaft ausgehen.

A. Leistung und Gegenleistung.

Im Normalfall wird die Betriebsüberlassung durch einen Generalversammlungsbeschluß bestimmt. Die Gegenleistung des Betriebsführers kann in einer festen Vergütung bestehen oder als Rente gewährt werden. Diese Rente kann auch vom Gewinnergebnis des Betriebsführers abhängig gemacht werden[185]). Um diese Rente zu sichern, kann eine ohne Rücksicht auf den Ertrag zu zahlende Mindestrente vereinbart werden. Noch weitergehend ist die sogen. Rentabilitätsgarantie, bei der sich der Betriebsführer verpflichtet, alle Verluste zu decken. Diese bedarf jedoch besonderer Vereinbarung[186]).

Die Rentnergesellschaft muß natürlich erst die notwendigen Rücklagen machen, ehe sie die Rente an die Aktionäre verteilt, weil sie nur Reingewinn verteilen darf.

B. Änderung des Gesellschaftszwecks.

Es fragt sich, welcher Mehrheit der Gesellschafterbeschluß bedarf. Bei der offenen Handelsgesellschaft müssen alle Gesellschafter zustimmen, da die Betriebsüberlassung eine Handlung ist, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgeht[187]).

Bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH. ist zu untersuchen, ob der Zweck des Unternehmens geändert wird. Dann wäre nach § 33 Abs. 1 S. 2[188]) BGB. die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich.

---

[183]) (Staub-Pinner, nm. 1 zu § 186.)

[184]) Die Rechtsprechung zeigt die Tendenz, die Sondervorschrift des § 307 HGB. analog auszudehnen, vgl. KG. in JW. 1926, 640 (7). Eingehend Lorenz, Rechtsvermutung der aufgelösten AG., Diss., Halle 1932.

[185]) „Fiktive Beteiligung“ der Rentnergesellschaft am Unternehmen des Betriebsführers; d. h. man tut so, als hätte die Rentnergeselschaft einen bestimmten Prozentsatz der Aktien der Betriebsgeselschaft; vgl. Bauer S. 254.

[186]) Vgl. KG. in KG. Rspr. 6, 28 und Friedländer S. 107.

[187]) § 116, 2; § 119 HGB.

[188]) § 33 Abs. 1 S. 2 gilt auch für AG. und GmbH.; formell deshalb, weil nach § 2 EGHGB. das BGB. subsidiär gilt, sachlich deshalb, weil

Der Zweck der Gesellschaft ist zunächst einmal Erwerb und Verteilung von Gewinn. Er ist für die Aktiengesellschaft typisch[189]). Eine vollständige Ausschließung des Gewinnbezugsrechts ist also nur mit Zustimmung aller möglich [190]).

Aber der Zweck der Aktiengesellschaft erschöpft sich nicht in einem abstrakten Gewinnbezugsrecht. Sondern der Zweck der Gesellschaft ist m. E. die Erreichung eines solchen Gewinns, der dem Betriebe äquivalent ist. Deshalb darf die Rente nicht außer jedem Verhältnis zum Ertrag des Unternehmens stehen. Wenn die Generalversammlung gegen den Willen einzelner Gesellschafter trotzdem einen solchen Betriebsüberlassungsvertrag gutheißt, dann braucht man gar nicht auf § 138 BGB zurückzugreifen. Zudem ist es zweifelhaft, ob immer in solchen Fällen eine Vergewaltigung in gesellschaftsfremdem Interesse vorliegt; es kann ja durchaus dem Interesse der Gesellschaft entsprechen. Einen solchen Beschluß möchte ich schon deswegen für unwirksam halten, weil er den Zweck der Aktiengesellschaft ändert[191]).

Jedoch ist der Zweck der Aktiengesellschaft nicht Selbstbetrieb eines bestimmten Unternehmens[192]). Denn bei einem Fremdbetrieb wird nur das Mittel zur Erreichung des Gewinnzweckes geändert. Deshalb ist auch eine vollständige Stillegung des Unternehmens zulässig, ohne daß der Gesellschaftszweck dadurch geändert wird. Im Konzernrecht tut dies die Betriebsgesellschaft oft, um die Beteiligungsziffer des stillgelegten Unternehmens zu erhalten. Dann aber muß die Vergütung, die an die Rentnergesellschaft gezahlt wird, dem Wert der Beteiligungsziffer der gepachteten und durch die Betriebsgesellschaft stillgelegten Unternehmen äquivalent sein.

Wenn nun die Vergütung insofern inäquivalent ist, als sie viel zu hoch im Vergleich zu dem bisherigen Ertrag des übernommenen Vermögens ist, dann verstößt die Vereinbarung einer solchen Vergütung durchaus nicht gegen den Gesellschaftszweck. Denn der Zweck der Gesellschaft ist m. E. nur die Erreichung eines Gewinnes, der mindestens dem vorhandenen Vermögen und den vorhandenen Anlagen äquivalent ist. Ein höherer Gewinn widerspricht diesem Zwecke nicht. Denn die Gesellschaft und jeder einzelne, der sich an einer Gesellschaft beteiligt, erhoffen doch im Normalfall einen Gewinn, der höher ist, als ihn eine anderweitige Kapitalanlage erbringen würde.

---

der Grund des Gesetzes auch bei der AG. und bei der GmbH. zutrifft; jeder, der einer Erwerbsgesellschaft beitritt, muß sich darauf verlassen können, daß der Erwerbszweck nicht geändert wird. Vgl. Feine §4 I; § 44 II; Fischer in Iherings Jahrb. 63, 226. RGR Komm. § 33, 1.

[189]) Altruistische Aktiengesellschaften sind Ausnahmen, z. B. eine Tiergarten-AG.

[190]) Z. B. beim Übergang von der Erwerbstätigkeit zur Gemeinnützigkeit. Vgl. Fischer in Iherings Jahrb. 63, 227; Feine in Ehrenb. Hdb. S. 361.

[191]) Ob ein solcher Beschluß das Sonderrecht auf Beteiligung am künftigen Gewinn verletzt, soll unten geprüft werden.

[192]) Abw. A. Sachs, S. 43: „Der Aktionär hat auf die Chancen eines lebenden Unternehmens rechnen wollen; jetzt ist es in Wahrheit ein aufgelöstes Handelsgeschäft, dem nur die rechtlichen Vorbedingungen für die Auflösung der Aktiengesellschaft fehlen." Vgl. auch S. 55.

C. Änderung des Gegenstandes des Unternehmens.

Die Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens ist gleichzeitig eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, da der Gegenstand des Unternehmens im Gesellschaftsvertrag angegeben sein muß[193]). Sie bedarf einer unabdingbaren Dreiviertel-Majorität[194]).

Der Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb, der den erhofften Gewinn abwerfen soll. Bei einer Betriebsüberlassung entspringt der Gewinn nicht mehr unmittelbar aus diesem Substrat, sondern hat seine Grundlage in dem Vertragsverhältnis. Das Substrat wird für die Gewinnerzielung gleichgültig; der Betrieb kann sogar stillgelegt werden. Deshalb ändert sich der Gegenstand. Als Kriterium gibt Staub[195]) an, daß der Betrieb fortan für fremde Rechnung geführt werde. Aber selbst, wenn die Rentnergesellschaft einen Teil des Ertrages ihres ursprünglichen Betriebs erhält, ist doch die Grundlage, aus der sich dieser Gewinn ergibt, eine andere als beim Selbstbetrieb. Insbesondere fehlt die Einwirkungsmöglichkeit der Rentnergesellschaft. Deshalb möchte ich auch bei einem solchen Betriebsüberlassungsvertrag eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens annehmen.

Die herrschende Lehre sieht die Betriebsüberlassung als Änderung des Gegenstandes an[196]). Natürlich gilt dies nur dann, wenn die Satzung die Verpachtung nicht ausdrücklich zuläßt[197]).

Eine andere Ansicht sagt: „Es wird nicht der Gegenstand geändert, sondern nur die Mittel zu seiner Erreichung“[198]). Aber ein Mittel zur Erreichung des Gegenstandes des Unternehmens gibt es nicht, sondern der Gegenstand ist selbst das Mittel, um den Zweck der Gewinnerzielung zu erreichen.

Horrwitz[199]) sieht in der Überlassung des Betriebes gegen feste Rente eine Veräußerung des Unternehmens überhaupt. Dann müßte er aber einen auf kurze Zeit abgeschlossenen Betriebsüberlasungsvertrag als Kauf verbunden mit einem Rückkauf ansehen, ganz abgesehen davon, daß kein Eigentum an den Betriebsanlagen übergeht.

Das Reichsgericht steht in einem älteren Urteil[200]) auf dem Standpunkt, daß keine Änderung des Gegenstandes vorliegt. „Auf den früheren Gegenstand (Betrieb der rumänischen Eisenbahn) ist das Unternehmen auch jetzt noch gerichtet.“ Dem dürfte die Vorstellung von der Kontinuität des Unternehmens zugrunde liegen. Aber es kommt doch m. E. nicht auf das Unternehmen an sich an, sondern auf die Beziehung des Betriebs zur Gesellschaft. In einem späteren Urteil hat das RG. diesen Standpunkt auch für den Fall wieder aufgegeben[201]), daß der Betriebsüberlassungs-

---

[193]) § 182 Abs. 2 S. 2 HGB.; § 3 Nr. 2 GmbH.-Ges.

[194]) § 275, 2 HGB.; § 53 GmbH.-Ges.

[195]) Anm. 3 zu § 275.

[196]) Staub-Pinner, Anm. 2 zu § 275; Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 275; Brodmann § 275, 2 und GmbH.-Ges. § 53 1; Horrw. S. 406; Brand Anm. 3 b; Goldmann Anm. 7; Friedländer S. 192.

[197]) Friedländer in J. W. 1923, S. 213.

[198]) Brand § 375 Anm. 3 b, ebenso Koenige § 275 Anm. 2, Makower Anm. 2 b.

[199]) § 275, 2 S. 406.

[200]) RG. 3, 129.

[201]) RG. in Bauers Ztschr. 12, 277.

vertrag dem Betriebsführer gleichzeitig das Recht einräumt, das Unternehmen stillzulegen.

D. Der Gesichtspunkt des Sonderrechts.

Wenn der Gesellschafterbeschluß in ein Sonderrecht der Mitglieder eingreift, so müssen alle betroffenen Mitglieder zustimmen[202]).

§ 53, 3 GmbH.-Ges., der von einer Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen spricht, kann nicht herangezogen werden, da er nicht die Beeinträchtigung der Rechte, sondern die positive Vermehrung der Pflichten betrifft. Diese Vorschrift ist nur eine Folge des Grundsatzes der beschränkten Haftung der Gesellschafter[203]).

Als Sonderrecht könnte man das Recht auf Beteiligung am zukünftigen Gewinn ansehen.

1. Das Wesen der Sonderrechte.

Es werden hauptsächlich drei Ansichten vertreten[204]).

Die eine[205]) will als Sonderrecht nur Rechte gelten lassen, die ein Gesellschafter im Gegensatz zu anderen hat. Die andere Ansicht[206]) sagt, daß auch allgemeine Mitgliedschaftsrechte den Charakter des Sonderrechts haben können. Eine dritte Ansicht[207]) führt aus, daß dem Aktionär ein solcher Satz des Statuts nicht genommen werden kann, der von fundamentaler Wichtigkeit für seinen Beitritt ist.

Die letzte Ansicht ist schon deswegen nicht haltbar, weil das Gesetz tiefgreifende Änderungen der Gesellschaft zuläßt, und weil der subjektive Beweggrund des Beitretenden ausschlaggebend sein müßte. Wie viele von den Spekulanten kennen denn überhaupt das Statut? Sie kennen nur den Börsenkurs aus der Zeitung und bestenfalls noch die Empfehlung einer Bank, weiter nichts.

Man wird der Ansicht, daß auch allgemeine Mitgliedschaftsrechte Sonderrechtscharakter haben können, den Vorzug geben müssen, da die Handelsgesellschaften insofern im Gegensatz zu den Gesellschaften des BGB. stehen, für welche im Zweifel als Sonderrechte nur die Vorrechte anzusehen sind[208]). Für das Handelsrecht sieht das Reichsgericht sogar die Mitgliedschaft insoweit als Sonderrecht an, als davon vermögensrechtliche Ansprüche abhängen[209]). Ob das Recht auf Beteiligung am Gewinn dazu zählt, wird zu prüfen sein.

---

[202]) § 35 BGB. gilt nach herrschender Lehre auch für das Handelsrecht; vgl. Art. 2 Einführgs.-Ges. zum HGB.

[203]) Staub-Hachenburg § 53, 3; Brodmann, GmbH.-Ges. § 45 Anm. 2. a. A. Liebmann Anm. 6 g zu § 53.

[204]) Eine Übersicht über die Sonderrechtstheorien findet sich bei Lehmann S. 420.

[205]) Cosack § 212 II, 1; Lehmann-Ring Nr. 5; Laband in Hirths Anm. 1874, S. 1499.

[206]) Staub-Pinner Anm. 9 zu 250.

[207]) Lehmann Arch. Bürg. R. 9, 344, Akt.-R. II 206.

[208]) Staudinger § 35 II, Warneyer Komm. S. 65.

[209]) RG. 33, 179; RG. 68, 211.

2. Das Recht auf Beteiligung am Gewinn.

Vorweggeschickt sei, daß der Anspruch auf den festgestellten Reingewinn ein Gläubigerrecht ist[201]), und daß das Recht des Aktionärs, die Feststellung der Dividende zu verlangen, allgemein als Sonderrecht angesehen wird[211]).

Aus dem Zweck der Aktiengesellschaft ergibt sich, wie oben dargelegt wurde, daß die Vergütung für die Betriebsüberlassung nicht außer allem Verhältnis zum Werte des Betriebes stehen darf. Die hiernach festgesetzte Rente ist unter die Aktionäre zu verteilen. Da ein Betriebsüberlassungsvertrag ohne entsprechende Vergütung schon dem Zweck der Aktiengesellschaft widerspricht, also ohne Zustimmung aller unzulässig ist, so folgt, daß ein Bedürfnis für den Schutz eines Sonderrechts auf entsprechende Beteiligung am Gewinn nicht besteht.

Die herrschende Lehre[212]) und die Rechtsprechung[213]) erkennen ein Sonderrecht auf Beteiligung am künftigen Gewinn nicht an[214]). Das Recht auf den Reingewinn ist grundsätzlich Mehrheitsbeschlüssen unterworfen, vorbehaltlich des Zweckes der Gesellschaft. Mit demselben Vorbehalt ist auch eine Satzungsänderung zulässig, die den Gewinn beeinflußt. Es sei darauf hingewiesen, daß die Gattungsvorrechte einer Aktionärgruppe (die doch sogar Rechte sind, die Einzelnen im Gegensatz zur Gesamtheit zustehen), durch eine Sonder-Generalversammlung der benachteiligten Gruppe auch gegen den Widerspruch Einzelner aufgehoben werden können. Unser Aktienrecht ist also den Sonderrechten sehr abgeneigt[215]).

Trotzdem ist die Minderheit nicht der Willkür der Mehrheit unterworfen. Mehrheitsbeschlüsse finden ihre Grenze außer in dem Zweck der Gesellschaft in §§ 138, 826 BGB.[216]). Voraussetzung für die Anwendung der §§ 138, 826 ist, daß die Mehrheit eigensüchtige Interessen verfolgt, die sich mit den Interessen der Gesellschaft nicht decken[217]). Jedoch neigt das Reichsgericht zu einer die Mehrheit begünstigenden Auslegung[218]).

3. Der Gesellschaftsvertrag.

Natürlich kann die Satzung ergeben, daß jede Änderung des Gewinnbezugsrechts nur mit Zustimmung aller möglich ist und dem Gewinn-

---

[210]) Vgl. im einzeln. RG. in JW. 1916, 409.

[211]) Lehmann S. 420; Makower § 250 Anm. 6, Ritter § 213 4. Der Registerrichter hat dem Vorstand, der die Feststellung unterläßt, nach § 132 FGG. Ordnungsstrafen aufzugeben, auch droht dem Vorstand die Strafbestimmung des § 240, 1 und § 244 KO. Weiter kann der Richter positiv eingreifen. Vgl. RG. 64, 260.

[212]) Staub-Pinner § 213 Anm. 9, § 250 Anm. 12; Wohlwill, der Schutz des Aktionärs S. 20; Thöl HR. 492; Friedländer § 213, 3; Staub-Hachenburg Anm. 6 zu § 29; Scholz § 29 IV, 2; Horrwitz S. 55; Feine S. 283.

[213]) RG. 22, 114; RG. 40, 35; vgl. auch OLG. Braunschweig in OLG. 36, 276.

[214]) a. A. Lehmann Arch. Bürg. R. 9, 380; Akt.-R. II S. 420, 422; Neukam-Becker Anm. 2a zu § 29; Krüger-Crecelius § 29 Anm. 2; Gierke in Iherings Jahrb. 35, 206; Brodmann § 250, 2a.

[215]) Vgl. Cosak, Handelsrecht S. 597 ff.

[216]) Z. B. RG. 80, 390; Staub-Pinner § 212 Anm. 9.

[217]) RG. 88, 220; RG. 107, 202.

[218]) RG. in JW. 14, 228, auch Flechtheim in JW. 1925, 573.

bezugsrecht den Charakter des Sonderrechts verleihen; ebenso kann sie den Anspruch auf Gewinn überhaupt ganz versagen[219]). Eine solche Versagung liegt in der Satzungsbestimmung: „Der Gewinn steht zur Verfügung der Generalversammlung", die sich oft findet, nicht dagegen schon in der Wiederholung der gesetzlichen Bestimmung, daß die Generalversammlung die Dividende festsetzt[220]).

Auch eine spätere Satzungsänderung in dieser Beziehung ist zulässig; aber wir müssen uns dabei immer vergegenwärtigen, daß der Zweck der normalen Aktiengesellschaft, die Erzielung eines äquivalenten Gewinns aus dem Betriebe, ohne Zustimmung aller nicht geändert werden kann.

E. Stimmenthaltungsvorschriften.

Häufig dürfte es vorkommen, daß der Betriebsführer als Hauptaktionär an dem Unternehmen interessiert ist. Nach § 252, 3 HGB. und § 47, 4 GmbH.-Ges. hat der Gesellschafter dann kein Stimmrecht, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit ihm betrifft.

Jedoch legt das Reichsgericht[221]) diese Bestimmung sehr restriktiv aus. Wenn nämlich der Vorstand nur zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts bestimmter Art ermächtigt wird, insbesondere, wenn ihm die Freiheit bleibt, mit wem er das Rechtsgeschäft abschließen will, so hat der Aktionär, mit dem das Rechtsgeschäft später tatsächlich abgeschlossen wird, Stimmrecht. Die Bestimmung des § 252, 3 dürfte durch die gewohnheitsrechtliche Entwicklung[222]) in dieser Hinsicht vollständig durchbrochen sein; denn es genügt „das theoretische Recht des Vorstandes, noch anders zu handeln"[223])[224]).

Mit wirtschaftlichen Argumenten wendet sich Ackermann[225]) gegen diese restriktive Auslegung des § 252, 3, da im praktischen Ergebnis der Aktionär nur einen Rentenanspruch gegen den Hauptaktionär erhalte. Aber abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob der Hauptaktionär z. B. bei rückläufiger Konjunktur besser gestellt ist, ist doch die Grundlage des Rentenanspruchs der Betriebsüberlassungsvertrag, der mit der Eigenschaft des Kontrahenten als Aktionär nichts zu tun hat.

Bemerkt sei noch, daß durch eine Legitimationszession das Stimmrechtsverbot nicht umgangen werden kann, da doch nur die Rechte über-

---

[219]) § 213 HGB.; § 29 GmbH.-Ges. Der Gewinn kann sogar dritten Personen zufließen: RG. 94, 197; KG. in OLG. 11, 32.

[220]) Staub-Pinner Anm. 6 zu § 260; Lehmann-Ring § 213, 3 Anm. 4 b zu § 260.

[221]) RG. 81, 242; 108, 326; RG. in JW. 1919, 115; Flechtheim in JW. 1925, 567.

[222]) Im Entwurf zum neuen Aktienrecht fehlt die Bestimmung des § 252, 3 HGB.

[223]) RG. 108 326. Hachenburgs Ansicht, daß § 252, 3 HGB. durch § 157 BGB. zu ergänzen sei (LZ. 1907, 466) ist nicht durchgedrungen, da die Entscheidung solchenfalls zu unsicher sein müßte, vgl. RG. 81, 42.

[224]) Wenn Flechtheim (JW. 1925, 568) die Entscheidung RG. 104, 131 als „Extratour" des Reichsgerichts bezeichnet, so ist dem m. E. nicht beizustimmen, denn dort hatte der Vorstand die Entschlußfreiheit gerade nicht mehr, sondern der Gegenkontrahent war fest bestimmt.

[225]) In Zentr.-Bl. f. HR. 1927, 320.

tragbar sind, die der Aktionär selbst hat[226]). Ein Mißbrauch ist jedoch bei der Schwierigkeit des Beweises oft möglich.

F. Vertretungsmacht und Haftung des Vorstandes.

Nach außen ist die Vertretungsmacht des Vorstandes unbeschränkbar;[227]); auch der satzungsmäßige Zweck kann sie nicht beschränken[228]). Der Vorstand könnte also aus eigener Entschließung heraus schon einen Betriebsüberlassungsvertrag abschließen, ohne die Generalversammlung zu fragen. Aber schon im eigenen Interesse wird der Vorstand dies nicht tun. Denn er ist im allgemeinen gegen eine Haftung dann geschützt, wenn seine Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.

Wenn die Generalversammlung den Vorstand zum Abschlusse des Betriebsüberlassungsvertrages mit einer genau bestimmten Person anweist, so ist er zunächst einmal von der Haftung für culpa in eligendo frei. Weiter entfällt seine Haftung für solche Vereinbarungen im Betriebsüberlassungsvertrag, die die Generalversammlung gutgeheißen hat. Im übrigen hat der Vorstand die Interessen seiner AG. wahrzunehmen[229]). In den Fällen, in denen der spätere Betriebsführer als Hauptaktionär mitstimmt, muß, wie wir oben gesehen haben, dem Vorstand das theoretische Recht bleiben, den Vertrag mit einem beliebigen Dritten abzuschließen. Da nun aber die Generalversammlung den Hauptaktionär als möglichen Kontrahenten stillschweigend billigt, und da der Vorstand ferner, wenn er mit einem Dritten abschließt, für die culpa in eligendo des Dritten haftet (z. B. für seine Zahlungsfähigkeit!), so hat er praktisch gar keine andere Wahl, als mit dem Hauptaktionär zu kontrahieren. Praktisch gilt also das Stimmrechtsverbot des § 252, 3 für diesen Fall nicht mehr.

Da die Rechtsprechung gegen den Mißbrauch der Macht des Hauptaktionärs starke Kautelen geschaffen hat (Anwendung der §§ 138, 826 BGB.), die in dieser Klarheit bei der Schaffung des HGB. noch nicht bestanden, so ist das wirtschaftliche Bedürfnis, das bei Schaffung des § 252, 3 maßgebend war, zurückgetreten. In der Tat läßt es sich auf dem Wege über § 138 BGB. besser berücksichtigen; denn der § 252, 3 läßt sich ja ganz einfach dadurch umgehen, daß der Hauptaktionär einen Dritten als Betriebsführer vorschiebt.

§ 7. Der Ausführungsvertrag.

Es ist zu unterscheiden zwischen dem obligatorischen Vertrag und dem dinglichen Bestellungsakt.

A. Der obligatorische Vertrag.

Der obligatorische Vertrag wird meist ein Pachtvertrag sein. Als Modalität kommt dabei auch ein Vertrag über die Übereignung des Wa-

---

[226]) Staub-Pinner Anm. 21 zu § 222; Anm. 27 a zu § 252, Anm. 19 zu § 223; Flechtheim in JW. 1925 S. 530.

[227]) §235, 2 HGB.; § 37, 2 GmbH.-Ges.

[228]) Staub-Pinner Anm. 10 zu § 235; RG. in JW. 1927, 672.

[229]) Vgl. § 241, 4.

renlagers oder über die Bestellung eines Dispositionsnießbrauchs oder über die Bestellung eines Nießbrauchers am gesamten Unternehmen in Betracht. Weiter wird ein Betriebsüberlassungsvertrag oft mit einem Optionsrecht des Betriebsführers auf den Erwerb des ganzen Betriebs oder auf einzelne Teile desselben verbunden[230]).

Der obligatorische Vertrag, der auf die Bestellung eines Nießbrauchs gerichtet ist, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 311 BGB. Wittmaack[231]) will diese Vorschrift (besonders bei der Übereignung) nicht anwenden; er weist darauf hin, daß auch alle Aktien formlos übertragen werden können. Aber die Aktie gewährt doch gerade keinen Anteil am Vermögen; das zeigt sich insbesondere daran, daß bei einer Einmanngesellschaft der eine Gesellschafter nicht Eigentümer des Unternehmens ist.

Auch ein bloßer Pachtvertrag bedarf dieser Form dann, wenn er mit einem Optionsrecht verbunden ist, das sich auf ein Grundstück richtet[232]).

B. Der dingliche Akt.

Wenn auch das Unternehmen ein organisierter Betireb ist, so zerfällt die Übertragung doch begrifflich in eine Vielheit von Einzelaktien. Eine Zusammenstellung für den Nießbrauch findet sich z. B. bei Staudinger[233]).

Hingewiesen sei nur darauf, daß der Nießbraucher beim Erwerb Gutglaubensschutz nach § 1032, §§ 892, 930 f genießt, was beim Pächter nicht der Fall ist.

Die sachenrechtliche Form der Übertragung durch Einzelakte könnte leicht zu der Vorstellung führen, der Nießbraucher habe nur eine Summe von dinglichen Einzelnutzungen[234]); jedoch steht ihm der Reinertrag des Gesamtvermögens zu[235]). Dies folgt aus Analogie des § 1655 BGB., die auch dem Parteiwillen entspricht, da die Parteien die wirtschaftliche Einheit des Geschäfts übertragen wollten.

Bei immateriellen Wirtschaftsgütern richtet sich der Übertragungsakt nach dem Wesen des Gutes, z. B. Empfehlung an die Kundschaft, Mitteilung der Geschäftsgeheimnisse.

Hingewiesen sei noch darauf, daß gewerbliche Konzessionen nur dann übertragbar sind, wenn sie auf das Unternehmen gestellt sind; stehen sie der Person des Unternehmers zu, so muß sie der Betriebsführer neu einholen[236]).

Aus der Pflicht, die Organisation des Unternehmens zu übertragen, folgt auch, daß der Eigentümer diese Organisation nicht selbst ausnutzen darf; er darf deshalb kein gleichartiges Unternehmen unter Ausnutzung seiner früheren Stellung betreiben. Ein ausdrückliches Konkurrenzverbot

---

[230]) Friedländer, S. 217 hält dabei (Opt. R. auf d. ganz. Betr.) § 310 BGB. deshalb nicht für anwendbar, weil dieser § nur verhindern wollte, daß sich jemand aller Erwerbsmöglichkeiten begibt. Staub-Pinner (§ 203 Anm. 15) wendet ihn jedoch an, ebenso Ullmann in JW. 1927, S. 6 630.

[231]) Goldschmidts Ztschr. 71, 107.

[232]) § 313 BGB.

[233]) § 1079, § 1085, vgl. auch Wolff SR. § 122, II.

[234]) Wolff SR. § 123, 2 Anm.

[235]) Jacusiel S. 36.

[236]) Landmann-Romer zu § 19 GO.

ist dazu also nicht nötig. Es folgt schon aus § 157 BGB.[237]). Nicht dagegen ist dem Eigentümer verwehrt, überhaupt geschäftlich tätig zu werden.

C. Insbesondere: Die unübertragbaren Rechte.

An übertragbaren Rechten kann nach § 1069, *2* BGB. ein Nießbrauch nicht bestellt werden. Jedoch ist es durchaus möglich, daß die einzelnen aus einem unübertragbaren Recht fließenden Ansprüche mit dinglicher Kraft übertragen werden, oder daß sie mit einem Nießbrauch belastet werden.

Man wird ferner die Rechte, die nur im Zweifel unübertragbar sind, freier behandeln dürfen. Je mehr die Persönlichkeit des Unternehmers hinter der unpersönlichen Organisation des Unternehmens zurücktritt, desto mehr wird man einen Wechsel in der Leitung des Unternehmens als gleichgültig ansehen müssen.

Bei der Überlassung des Betriebes kommen besonders einige Ansprüche aus Rechtsgeschäften des täglichen Lebens in Betracht, die als nicht übertragbar Schwierigkeiten bereiten. Es sind dies hauptsächlich die Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter, die Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber seinen Lieferanten und die Ansprüche der bei dem Unternehmen Beschäftigten auf Lohn- und Gehaltszahlung.

1. Die Miete.

Nach § 549, 1 BGB. darf der Mieter den Gebrauch der Mietsache ohne Zustimmung des Vermieters einem Dritten nicht überlassen. Man wird die Zustimmung des Vermieters von Geschäftsräumen bei einem größeren Unternehmen annehmen müssen, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen. Denn der Grundgedanke der Regelung in § 549, 1 ist doch der, daß dem Vermieter nicht gegen seinen Willen eine andere Person untergeschoben wird, als die, die er sich ausgesucht hat. Nun benutzt aber der Leiter des Unternehmens die Geschäftsräume meist nicht persönlich, sondern läßt dort seine Angestellten arbeiten. Diese arbeiten nach der Überlassung des Betriebes an den Betriebsführer in genau derselben Weise weiter, die Benutzungsart der Räume wird dadurch nicht in geringsten geändert. Auch die Personen, mit denen der Vermieter tatsächlich geschäftlich verkehrt, wechseln nicht. Dann hat der Vermieter aber kein schutzwürdiges Interesse mehr. Schlimmstenfalls steht dem Mieter das Kündigungsrecht aus § 549, Abs. 1 S. *2* zu.

Anders ist es, wenn der Betrieb nach Überlassung stillgelegt werden soll. Dann ändert sich ja die Benutzungsart der Räume, und die Personen, mit denen der Vermieter tatsächlich verkehrt, wechseln. Dann greift aber die Regelung des § 549, 1 umsomehr wieder durch, als ja der Vermieter auch Interessen an der Erhaltung des Betriebes haben wird, da hierdurch auch die vermieteten Räume ihre Eigenschaft als Geschäftsräume behalten.

2. Lieferungsverträge

Ein Eintritt des Betriebsführers in die Lieferungsverträge, die für das Unternehmen geschlossen sind, mit der Wirkung, daß der frühere Unter-

---

[237]) Vgl. auch RG. in DJZ. 08, 425; OLG. Kiel in OLG. 20, 143; Staub-Bondi Anm. 33 zu § *22*; Isay S. 150.

nehmer frei wird, ist nach der herrschenden Lehre nur dann möglich, wenn der Gläubiger zustimmt[238]).

Opikofer[239]) will den Zubehörbegriff auf die für den Bestand des Unternehmens wesentlichen Lieferungsverträge ausdehnen und so ihre Übertragbarkeit ohne Zustimmung des Gläubigers zulassen. Dem dürfte aber das praktische Bedenken entgegenstehen, daß es dann leicht ist, dem Gläubiger einen zahlungsunfähigen Schuldner unterzuschieben. Dem Interesse des Unternehmers steht eben immer das Interesse des Gläubigers gegenüber.

Die Verknüpfung der Verträge mit der Persönlichkeit des Unternehmers zeigt sich besonders bei der offenen Handelsgesellschaft. Oft ist gerade hier der persönliche Kredit, den die Gesellschafter genießen, ausschlaggebend. Eine Haftungsgrundlage im Betrieb braucht nicht immer vorhanden zu sein; ein Vermögen ist für die offene Handelsgesellschaft auch im Gründungsstadium nicht notwendig.

Nun tritt zwar der Betrieb als Grundlage der Organisation (und als Grundlage der Haftung) bei der Aktiengesellschaft und bei der GmbH. stärker hervor. Wenn der Betrieb vollständig auf einen Dritten übergeht, so bleibt die Haftungsgrundlage für die Gläubiger erhalten; wenn der Betrieb dem Betriebsführer jedoch nur auf Zeit überlassen wird, die Haftungsgrundlage (das Eigentum am Betrieb) aber bei der Rentnergesellschaft bleibt, dem Gläubiger also nichts nützt, so wird man die Zustimmung des Gläubigers zum vollständigen Übergang der Lieferungsverträge fordern müssen.

3. Arbeitsverträge.

Eine Übertragung des gesamten Arbeitsverhältnisses als Organismus dürfte nicht möglich sein. Denn wenn auch die Verbindung des Arbeitsvertrages mit dem Unternehmen stark hervortritt, so erschöpft sich der Arbeitsvertrag doch darin nicht. Das Rechtssubjekt, das dem Arbeitnehmer gegenübersteht, ist wesentlich.

Von den Einzelbefugnissen gilt folgendes: Der Anspruch auf Leistung der Dienste ist nur im Zweifel unübertragbar. Sofern das Vertrauensverhältnis[240]) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht wesentlich ist, kann diese Auslegungsregel nicht gelten, da der Arbeitnehmer für einen bestimmten Betrieb eingestellt ist, und der Leistungsinhalt sich nicht ändert, da dem Arbeitnehmer der gleiche Arbeitsplatz und — bei Verpachtung größerer Werke — auch derselbe Vorgesetzte erhalten bleibt. Bei einem Handlungsgehilfen liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung[241]) nur dann vor, wenn stichhaltige Gründe gegen die Person des neuen Arbeitgebers vorhanden sind.

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Leistung der Vergütung richtet sich zunächst gegen den früheren Arbeitgeber[242]). Bei Arbeitnehmern mit

---

[238]) Enneccerus 1, S. 230.

[239]) S. 126.

[240]) Bei der Entscheidung RG. 58, 257, die Staudinger (§ 613, 4 b) als Vertreter der Gegenmeinung anführt, lagen kleine Verhältnisse vor, wo das gegenseitige Vertrauen ausschlaggebend war.

[241]) § 70.

[242]) De lege ferenda vgl. § 25 des Entw. eines Allg. Arbeitsvertragsgesetzes, der bestimmt, daß die Verpflichtung zur Lohnzahlung auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers übergeht. (Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entw., S. 183).

kurzer Kündigungsfrist wird man die Zustimmung zur Schuldübernahme[243]), die ja auch stillschweigend erklärt werden kann, in der regelmäßigen Annahme des Lohnes seitens des Betriebsführers sehen müssen, da das Interesse des Gläubigers an der Person des Schuldners gering ist. Bei anderen Arbeitnehmern kann der Betriebsführer ihnen eine Frist zur Zustimmung setzen[244]). Wer nicht zustimmt, muß eben vom alten Arbeitgeber entlassen werden. Bei den höheren Angestellten, bei denen das Vertrauensverhältnis ausschlaggebend ist, kann der Betriebsführer die Schließung eines neuen Arbeitsvertrags anbieten in der Weise, daß der alte gelöst wird. Hingewiesen sei noch darauf, daß für den früheren Unternehmer die Übertragung des Betriebes keinen wichtigen Grund zur sofortigen Kündigung abgibt, da er einen solchen im allgemeinen nicht durch seine eigene Willkür schaffen kann.

Tatsächlich werden die Angestellten wohl stets der Beschäftigung bei dem Betriebsführer zustimmen, da ihnen ja sonst der Verlust ihrer Stellung droht.

Da die Arbeiterschaft zum größten Teile übernommen wird, bleibt auch die gegenseitige Einarbeitung der Arbeiter und die Organisation des Unternehmens (z. B. auch der Betriebsrat[245]) erhalten.

§ 8. Die Kaufmannseigenschaft der Parteien.

Bezüglich des Betriebsführers ist es gleichgültig, ob er die Firma übernimmt oder nicht. Denn es ist durchaus denkbar, daß das Unternehmen einer Aktiengesellschaft, die ja stets als Handelsgesellschaft gilt und deshalb eine Firma führt, überhaupt kein Handelsgewerbe ist, oder unter § 3 HGB. fällt, so daß eine Einzelperson, die das gleiche Unternehmen betreiben würde, keine Kaufmannseigenschaft hätte. Dann ist der Betriebsführer nicht Kaufmann und darf eine Firma auch dann nicht führen, wenn ihm das in dem Übernahmevertrag zugesagt ist. Die Kaufmannseigenschaft geht also nicht über, sondern sie bestimmt sich ausschließlich nach §§ 1 bis 3 HGB. Deshalb beendigt die Verpachtung des Betriebes einer Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mbH. auch ihre Kaufmannseigenschaft nicht, da diese Gesellschaften sogen. Formkaufleute sind[246]).

A. Die offene Handelsgesellschaft als Rentnergesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft kann in ihrer ursprünglichen Form nicht bestehen bleiben, da ihr Zweck auf den Betrieb eines Handels-

---

[243]) § 415, 1 BGB.

[244]) §415, 2 BGB.

[245]) Vgl. hierüber Bauer, S. 230, Friedländer in Ztschr. für Akt.-W. 1922, S. 125. Sofern der Betriebsführer z. B. als AG. einen Aufsichtsrat hat, kann der Betriebsrat der bisherigen Gesellschaft in diesen Mitglieder entsenden, da die Arbeiter für den Betriebsführer beschäftigt sind.

[246]) § 210, 2; § 320, 3 HGB.; § 13, 3 GmbH.-Ges.

gewerbes gerichtet sein muß[247]). Wenn auch das Ergebnis des Betriebes einer offenen Handelsgesellschaft einem Dritten zugewendet werden kann, so muß doch die offene Handelsgesellschaft ihr Geschäft selbst betreiben[248]). Bestritten ist, in welcher Form die offene Handelsgesellschaft fortbesteht.

Hoeniger[249]) will die offene Handelsgesellschaft „latent" weiterbestehen lassen, weil sie später einmal wieder aufleben kann. Düringer-Hachenburg[250]) nimmt an, die offene Handelsgesellschaft verwandle sich in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, da sich nur der Gesellschaftscharakter verändere. Schmidt[251]) läßt die offene Handelsgesellschaft in das Liquidationsstadium treten.

Wir wollen einmal den Gesellschafterbeschluß prüfen. Wenn die Gesellschafter ihr Unternehmen später selber weiterbetreiben wollen, dann wollen sie die Rechtsgemeinschaft beibehalten und später als offene Handelsgesellschaft fortsetzen. In der Zwischenzeit soll also die Rechtsgemeinschaft möglichst aufrechterhalten werden; also ist der Betriebsüberlassungsbeschluß als Beschluß der Umwandlung in eine Gesellschaft nach § 705 BGB. zu deuten. Das Argument, daß niemand gegen seinen Willen zum Eintritt in eine Gesellschaft gezwungen werden kann, trifft hier nicht zu, da nach §§ 116, 2 und 119 HGB. die Zustimmung aller Gesellschafter nötig ist.

Wenn die Gesellschafter den Betrieb nicht wieder übernehmen wollen (z. B. bei einem Optionsrecht des Betriebsführers), dann tritt die offene Handelsgesellschaft auch nicht in Liquidation; denn die Liquidation ist nur ein Verfahren zur Auflösung des Geschäfts. Was sollte aber ein Verfahren ohne Inhalt? Für eine Liquidation ist kein Raum. Es tritt vielmehr eine Vollbeendigung ein und es erfolgt lediglich eine Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern. Ein gemeinsamer Zweck, der zur Annahme einer Gesellschaft (auch zur Annahme einer latenten Gesellschaft) notwendig ist, ist nicht mehr vorhanden. Die Gewinnverteilung erfolgt nicht mehr für gemeinsame Rechnung. Die Gesellschafter werden nicht mehr durch ihr eigenes Interesse gebunden, sondern nur soweit, als der Betriebsüberlassungsvertrag ihnen Pflichten auferlegt. Es fehlt nicht nur ein Handelsgewerbe, sondern eine Gesellschaft überhaupt. Die Auseinandersetzung erschöpft sich in der Verteilung der Rente und eventuell der Optionsvergütung.

Die Gesellschaft nach § 705 BGB. könnte natürlich noch einen Betrieb von solchem Umfange besitzen, daß § 2 HGB. auf ihn zutrifft. Dann könnte sie sich durchaus in eine offene Handelsgesellschaft nach § 105 HGB. verwandeln, da sie ein Vollkaufmannsgewerbe betreibt. Sie könnte dann auch eine eigene Firma führen. Dieser Fall dürfte aber kaum vorkommen, da der nötige Umfang der Tätigkeit fehlt.

Die Untersuchung, ob die offene Handelsgesellschaft Kaufmann bleibt, hat auch praktische Bedeutung. Nicht etwa deshalb, weil dann das HGB. für die von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäfte gilt; denn sie schließt im Regelfall überhaupt keine Handelsgeschäfte mehr ab. Aber im

---

[247]) § 105 HGB.

[248]) Staub-Pinner Anm. 11 zu § 105; Düringer-Hachenburg Anm. 35 zu § 25.

[249]) In Festschr. für Lenel, S. 13.

[250]) Ältere (2.) Aufl. Bd. 4, S. 519 V; Schulze in D. Not.-Vereinszeitschr. 1909.

[251]) Diss. S. 44.

Steuerrecht ist dies von Bedeutung. Bei der Gewerbesteuer vom Ertrag kann nämlich der Pächter den Pachtzins nicht abziehen; bleibt jedoch der Verpächter Kaufmann, so muß er den Pachtzins schon als gewerbliche Einkünfte selbst versteuern. Dann aber kann der Betriebsführer den Pachtzins von dem steuerpflichtigen Betrage abziehen, da die Pachtvergütung nicht zweimal von der Steuer getroffen werden oll.

B. Die Firma.

Der Betriesüberlassungsvertrag kann sich auf das Geschäft mit oder ohne Firma beziehen.

Im Zweifel ist die Firma einer offenen Handelsgesellschaft wegen ihrer höchstpersönlichen Natur nicht mit übertragen. Das gleiche gilt von der Firma einer GmbH., die nicht dem Gegenstand des Unternehmens entnommen ist. Eine Sachfirma wird im Zweifel übertragen sein.

Nach § *22, 2* HGB. ist ein Nachfolgezusatz gestattet, aber nicht erforderlich. Wenn der Nachfolgezusatz fehlt, dann darf der Betriebsführer die Bezeichnung „Aktiengesellschaft" oder „GmbH." nicht führen, sofern er selbst nicht diese Gesellschaftsform hat. Denn sonst bestände eine Täuschungsgefahr[252]). Ist der Betriebsführer selbst eine Aktiengesellschaft und will er die Firma der Rentnergesellschaft fortführen, so muß er seine eigene Firma aufgeben, da eine Aktiengeselschaft nur eine Firma haben darf. Denkbar wäre auch, daß die übernehmende Aktiengesellschaft ihre Firma fortführt und die Firma der Rentnergesellschaft als Zusatz zur Firma einer Zweigniederlassung wählt.

Sofern der Betriebsführer als Nießbraucher einem Dritten die Ausübung des Nießbrauchs überläßt[253]), kann er auch den Gebrauch der Firma mitübertragen. Der ursprüngliche Firmeninhaber braucht nicht zuzustimmen, da sich der Betriebsführer durchaus im Rahmen des Nießbauchs hält.

Im Zweifel hat der Betriebsführer, dem das Geschäft mit Firma überlassen ist, eine Pflicht zur Firmenfortführung[254]), da sonst ihr Wert vermindert wird, und sogar das Firmenrecht verloren gehen kann. Wenn das Geschäft mit Firma übertragen ist, so ruht das Recht der Rentnergesellschaft zur Führung der Firma [255]). Es geht nicht vollständig unter. § *22, 2* HGB. spricht nur von einer analogen Anwendung der Bestimmungen über die völlige Übernahme des Geschäfts. Die besonderen Verhältnisse der Pacht und des Nießbrauchs müssen berücksichtigt werden. Die Rentnergesellschaft darf also das Firmenrecht nicht ausüben[256]) und muß eine neue Firma annehmen. Es genügt jedoch ein deutlich unterscheidbarer Zusatz zur alten Firma[257]); der Zusatz „AG." oder „GmbH." reicht aber nicht aus. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hat keine Firma mehr.

---

[252]) KG. in OLG. *27*, 300; RG. 104, 341; Staub-Bondi, § *22* Anm. 11 und 12.

[253]) Dieser Fall ist nicht nur theoretischer Art, sondern kommt auch praktisch vor, vgl. OLG. Darmstadt in Dt. Notarvereinsztschr. 1920, 53.

[254]) Staub-Bondi, § *22* Anm. 15, 3; Becker in GmbH. Rundschau 1927, 715.

[255]) KG. in OLG. *27*, 301.

[256]) Vgl. § *37, 2* HGB.

[257]) OLG. Rostock in OLG. 41, 193.

Zur Anmeldung der übergegangenen Firma zwecks Eintragung ins Handelsregister ist derjenige verpflichtet, der das Handelsgewerbe betreibt, also der Pächter oder Nießbraucher[258]). Pacht und Nießbrauch sind auch eintragbar[259]), ohne daß die Firma fortgeführt wird.

[258]) §§ 31, 29 HGB.
[259]) Staub-Bondi § 15 Anm. 11; § 22 Anm. 15, 3a; vgl. auch § 5 und § 15 HGB.

Schriftenverzeichnis.

Bauer: Die rechtliche Struktur der Truste. Mannheim 1927.
Bondi: Die Übertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an Dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen; in Festgabe f. Liebmann S. 278 f.
v. Buttlar: Die Verpachtung eines Handelsgeschäftes. Diss. Leipz. 1908.
Brodmann: Aktienrecht. Kommentar Leipzig 1930. (Gewerbe- und Industriekommentar).
— GmbH.-Gesetz. Kommentar. Leipzig 1930. (Gewerbe- u. Industriekommentar). 2. Aufl.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart 1930. 12. Aufl.
Crüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die GmbH. Berl. 1922.
Damköhler: Wesen und Bedeutung der One-man-Compagny. Diss. Göttingen 1908.
Düringer-Hachenburg: Kommentar zum HGB. 1930. 3. Aufl.
Enneccerus: Allgemeiner Teil des BGB. Marburg 1928. 35. bis 39. Tausend.
Feine: Die Gesellschaft mbH. in Ehrenb. Handb. III, 3.
Frank: Die Einmann-Gesellschaft. Diss. Göttingen 1929.
Friedländer: Aktienrechtskommentar. Stuttgart 1932.
— Konzernrecht. Mannheim 1927.
v. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
— Deutsches Privatrecht. I Leipzig 1895.
Hachenburg: Kommentar zum GmbH.-Gesetz. Berlin und Leizig 1926/27. 5. Aufl.
Hachenburg: Zum Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. In Festschrift für Cohn. Zürich 1915.
Hansen: Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. Diss. Leipzig 1912.
Haußmann: Die Tochtergesellschaft. Berlin 1923. 1. Aufl.
— Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht. Mannheim 1928.
Hoeniger: Die Pacht des Handelsgeschäfts. In Festschrift für Lenel. Leipzig 1905.
Horrwitz: Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften. Berlin 1913.
Hueck: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen. Mannheim 1924.
Isay: Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.
Jacusiel: Nutzungsrechte am Handelsgeschäft. Berlin 1906.
Koenige: Handelsgesetzbuch. Leipzig 1929. 2. Aufl.
Lehmann: Aktiengesellschaften. Bd. 2, Berlin 1904. 1. Aufl.
Lehmann-Ring: Handelsgesetzbuch. Berlin 1913—14. 2. Aufl.
Liebmann: Kommentar zum GmbH.-Gesetz. Berlin 1921. 3. Aufl.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1928. 2. bis
Neukamp-Becker: GmbH.-Gesetz. Berlin 1922.

Nußbaum: Das Nießbrauchsrecht des BGB. unter dem Gesichtspunkt der Rechtstatsachenforschung. Berlin 1919. 1. Aufl.
Oertmann: Allgemeiner Teil des BGB. Berlin 1927. 2. Aufl.
Ohmeyer: Das Unternehmen als Rechtsobjekt. Wien 1906.
Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.
Pisko: Das kaufmännische Unternehmen. In Ehrenb. Handb. II, 1 S. 195 ff.
Rhode: Juristische Person und Treuhand. Grundzüge einer Lehre vom zweckgebundenem Recht. Berlin 1932.
Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
Ritter: Handelsgesetzbuch. Berlin 1932. 2. Aufl.
Rosendorff: Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin 1927.
Runkel-Langsdorff: Die Folgen des Erwerbs eigener Aktien. Diss. Jena 1906.
Ruth: Eigne Aktien und Verwaltungsaktien. Berlin 1928 (Gesellschaftsrechtl. Abhandlungen, herausgegeb. von Nußbaum).
Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840.
Schmidt, E.: Über die Verpachtung von Unternehmungen. Diss. Breslau 1929.
Schoenewald: Über die Verpachtung von Handelsgeschäften. Diss. Göttingen 1904.
Scholz: Kommentar zum GmbH.-Gesetz. Köln 1928.
Schröter: Über die Rechtsbeziehungen der Aktiengesellschaft zu ihren eigenen Aktien. Diss. Königsberg 1927.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. und 14. Aufl. Berlin und Leipzig. I (Bondi) 1930; II (Pinner) 1932.
v. Thur: Allgemeiner Teil des BGB. Leipzig 1910.
Unger, W.: Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. (Leipz. Rechtswissenschaftl. Studien). Heft 10.
Werner, C.: Die Einmann-Gesellschaft. Diss. Marburg 1929.
Wieland: Handelsrecht. Bd. 2. München 1931.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1906.
Wohlwill: Der Schutz des Aktionärs gegen Beeinträchtigung des Gewinnanteilsrechts. Diss. 1908.
Zumloch: Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft und seine Folgen. Diss. Erlangen 1929.

Die Zeitschriften und Entscheidungssammlungen sind mit den üblichen Abkürzungen zitiert.

Lebenslauf.

Ich, Huning Helmut Starke, bin geboren in Wilhelmshaven am 23. Juli 1911 als Sohn des Gymnasiallehrers Max Starke und seiner Ehefrau Annemaria. In den Fächern der Vorschule unterwies mich mein Vater. Zu Ostern 1920 wurde ich in die Sexta des Staatlichen Gymnasiums Nordhausen am Harz aufgenommen. Ostern 1923 trat ich in die Untertertia des Realgymnasiums über. Am 27. Februar 1929 bestand ich dort die Reifeprüfung.

Ich studierte zunächst in Jena ein Semester lang Naturwissenschaften, darauf 7 Semester Rechtswissenschaft an den Universitäten Jena, Berlin und Halle. Ich hörte Vorlesungen und nahm an Übungen teil bei den Herren Professoren: Hedemann, Hueck, Hübner und Weyermann in Jena; Bernhard, Bornhak, Bruns, Dersch, Herkner, Heymann, Kipp, Kohlrausch, Nußbaum, Rabel, Smend, Strauch, Titze, Triebel, Wolff in Berlin und Bilfinger, Boehmer, Fleischmann, Grünfeld, Hein, Jecht, Kitzinger, Kisch, Ruth, Schmaltz, Schmidt in Halle.

Für die Übernahme des Referates der vorliegenden Arbeit bin ich Herrn Prof. Dr. Ruth in Halle zu großem Danke verpflichtet.